

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

MAYRA COURY ARAUJO

A responsabilidade civil aplicada ao abandono afetivo paterno-filial

BRASÍLIA

2013

MAYRA COURY ARAUJO

A responsabilidade civil aplicada ao abandono afetivo paterno-filial

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito para
obtenção de grau de bacharel em
Direito no Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Prof. Luís Antônio
Winckler Annes

BRASÍLIA

2013

A Deus, meu amigo e companheiro,
grande responsável pelo meu
sucesso acadêmico.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus,
que sem Ele nada disso seria
possível.

A minha mãe por sempre estar do
meu lado quando eu preciso.

Ao meu pai pelo apoio e pelos
inúmeros conselhos.

Aos meus irmãos pela companhia
e ombro amigo.

Aos meus avós por sempre
estarem por perto.

A Pippa pelo companheirismo nas
noites de estudo.

Enfim, a toda a minha família que
eu tanto amo.

RESUMO

O presente estudo busca demonstrar a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil ao abandono afetivo paterno-filial. Ele visa demonstrar que a indenização vai muito além do caráter patrimonial, se debruçando nos conceitos de afetividade, dever de cuidado e dignidade da pessoa humana para fundamentar a aplicação da responsabilidade. Para melhor entendimento, foi relatada a história conceitual de família da pós-modernidade, mencionando depois os deveres da entidade familiar, a responsabilidade civil aplicada no direito de família e por fim, a análise de dois casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Intenta-se fixar os limites e termos para a aplicação do instituto.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito de família. Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Abandono afetivo. Deveres da entidade familiar. Afeto. Dignidade da pessoa humana. Poder familiar.

ABSTRACT

This study intends to demonstrate the possibility of applying the Institute's of responsibility to affective abandonment of father-son. It aims to demonstrate that compensation goes beyond the patrimonial institute, leaning on the concepts of affection, duty of care and human dignity to support the implementation of the responsibility. For better comprehension, concept of family of postmodernity as related, after mentioning the duties of family entity, liability applied in family law and finally the analysis of two cases decided by the Superior Court. Attempts to define the limits and terms for the application of the institute.

Keywords: Civil Law. Family law. Civil liability. Punitive damages. Duties of the family unit. Affection. Human dignity. Family power.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O DIREITO DE FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE	10
2.1	Evolução do conceito jurídico de família.....	10
2.2	Princípios que regem o Direito de Família	23
2.3	A importância da figura paterna nas relações de família	32
3	O DEVER DE INDENIZAR NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS	36
3.1	Conceito jurídico de responsabilidade civil	36
3.2	Deveres da entidade familiar	41
3.3	Responsabilidade civil aplicada às relações familiares	47
3.4	Caráter pedagógico da responsabilidade civil	52
4	ANÁLISE DE JULGAMENTOS SOBRE ABANDONO AFETIVO	56
4.1	Primeiro caso julgado pelo STJ	56
4.2	Análise de caso semelhante no ano de 2012	65
5	CONCLUSÃO.....	72
	REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares, com o enfoque principal nas relações entre pai e filho marcadas pelo abandono afetivo, independente do abandono material.

Segundo recentes pesquisas científicas na área de saúde mental, os danos causados em decorrência do abandono afetivo de crianças que se encontram ainda em desenvolvimento, podem levar a futuros danos psicológicos e sociais irreversíveis. Por muitos inclusive é sabido que grande parte de crianças e adolescentes que vivem nas ruas não possuem a presença de uma figura paterna para lhes direcionar durante seu crescimento e sua educação.

Porém, muito se indaga a cerca da possibilidade de aplicação do referido instituto com fundamento na seguinte pergunta: Poderá alguém ser obrigado a amar? Ou então, o desamor tem um preço?

A corrente pesquisa visa responder essas indagações, legando em conta os recentes entendimentos proclamados pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do referido tema.

Desse modo, a pesquisa visa estabelecer os parâmetros necessários, bem como estabelecer os conceitos fundantes do Direito de Família e da responsabilidade civil para a possível aplicação da indenização.

Nesse sentido, o trabalho irá fazer um relato histórico das definições pós-modernas de família, tendo início nos primórdios da sociedade até os dias atuais. Assim, tendo a base conceitual de família formulada, o estudo retratará os princípios basilares do Direito de Família necessários para aplicação da indenização nas relações familiares.

Após isso, fez-se necessário demonstrar a importância da figura paterna para o desenvolvimento do filho, assim como, o papel que ele representa durante o desenvolvimento da prole e as possíveis consequências danosas que a falta deste poderá gerar.

Como o presente estudo trata da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo, será apresentada a conceituação de responsabilidade civil. Ainda no mesmo capítulo, serão elencados os deveres da entidade familiar, demonstrando que não se trata de mera liberalidade parental a educação e acompanhamento do desenvolvimento dos filhos, mas uma obrigação legal.

Destarte, será feito um apanhado do que já foi dito anteriormente e será demonstrado de que forma a responsabilidade civil é aplicada nas relações familiares, assim como, o seu caráter pedagógico como mais meritório que o pecuniário.

Estabelecidos os parâmetros supramencionados, serão abordados dois casos de indenização por abandono afetivo que foram submetidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, cada um em um momento diferente, com julgadores e decisões distintas.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi a dogmática instrumental, no qual foi empregado o tripé metodológico do Direito: a legislação, a jurisprudência e a doutrina. O método aplicado foi o dedutivo, tendo em vista que a análise do problema se deu através de uma cadeia de raciocínio decrescente, ou seja, partindo do geral para o particular.

Ao final, procura-se esclarecer acerca da possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo paterno-filial, com a análise de recentes julgados no Superior Tribunal de Justiça.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE

2.1 Evolução do conceito jurídico de família

Com o passar dos anos o conceito jurídico de família foi se modificando conforme os enfoques históricos e sociais foram evoluindo. A seguir, pretende-se elencar as principais modificações e suas consequências no mundo jurídico no âmbito do Direito de Família.

Nos primórdios da sociedade, o berço histórico da família é registrado como um mero apêndice da religião. O que os une não é o afeto, mas sim o culto ao fogo sagrado de seus ancestrais. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural¹. Os direitos familiares têm como base os próprios direitos de cooperação nos cultos.

Os cultos eram realizados dentro da propriedade familiar, no qual os ancestrais eram enterrados. Em volta dos túmulos era invocada a proteção dos antigos para com a família atual. Para que aquela linhagem fosse próspera e progredisse, deviam ser feitos sacrifícios e cultos perante os antepassados. Além disso, esse ato garantiria a eterna felicidade dos ancestrais. Caso não fosse feito, a família estaria amaldiçoada e os antigos ali enterrados estariam condenados à desgraça e rebaixados ao submundo.

A fidelidade a essa religião, com o intuito de se evitar a maldição, era tamanha que o direito de propriedade estava arraigado a terra onde se encontravam os túmulos. Na Grécia antiga a propriedade tinha caráter de exclusividade e inalienabilidade. A idéia de propriedade privada estava diretamente relacionada com a de religião. Caso a família vendesse essa propriedade, ficaria impossível o culto de seus antepassados, gerando, por conseguinte, a maldição para a linhagem.

Conclui, Fustel de Coulanges: “Há três coisas que, desde as mais antigas eras, encontram-se fundadas e solidamente estabelecidas nas sociedades gregas e itálicas: a religião doméstica, a família, o direito de propriedade; três coisas que tiveram entre si na origem, uma relação evidente, e que parecem terem sido inseparáveis.²” Portanto, infere-se que a

¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. P. 58 E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acessado em março de 2013.

² COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. P. 88 E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acessado em março de 2013.

tríade: o direito de propriedade, a religião doméstica e a família, era marcante nas sociedades gregas.

Na Grécia, a propriedade como sendo de cunho privado, sempre foi reconhecida. A propriedade estava intrínseca à ideia de religião. Cada clã possuía seu lar e seus túmulos, onde o culto era prestado. Somente essa família poderia adorá-los e somente a ela os ancestrais poderiam proteger.

Completa ainda Fustel de Coulanges:

“Os gregos diziam que o lar havia ensinado aos homens construir casas. Com efeito, o homem ficado pela religião em um lugar que não pensava em abandonar jamais, logo deve ter pensado em levantar aí uma construção sólida. A tenda convém ao árabe, o carro ao tártaro, mas uma família que tem um altar doméstico precisa de uma casa que dure. A cabana de terra ou de madeira seguiu-se logo a casa de pedra. E esta não foi construída somente para a vida de um homem, mas para a família, cujas gerações deviam suceder-se na mesma morada.[...]”³

Com o altar e a sepultura fixos e sua perenidade, a família reconheceu a necessidade de se fixar ao solo. Nesse diapasão, a sociedade antiga permaneceu incólume ao que se trata de litígios mais complexos.

O direito de propriedade tinha concepções que se diferem dos princípios modernos de propriedade. Ele estava intimamente ligado com a religião, sendo defeso a renúncia, tanto da própria religião quanto da propriedade. Separar a religião da terra era considerado uma ofensa aos mortos, que por sua vez, não poderiam proteger nem abençoar as gerações presentes.

Ao abordar o assunto família nos primórdios da sociedade, torna-se impossível dissociá-lo da religião. Ou seja, perante todos os relatos pesquisados, entende-se que a família é, além de tudo, um dos elementos da religião. Assim, como o direito de propriedade nasce da obrigação de prestar culto aos antepassados, o que une a família não é o afeto, nem mesmo a consanguinidade. O que mantém essas relações está adjeto a algo bem mais forte do que o sentimento possa determinar. Está diretamente ligado ao dever da geração atual preservar o túmulo para que, por sua vez, os antepassados possam preservar essas famílias.

³ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. P. 91 E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acessado em março de 2013.

Expõe o autor:

“[...] enfim, o parentesco e o direito à herança serão regulamentados, não pelo nascimento, mas pelos direitos de participação no culto, de acordo com o que a religião estabeleceu. Sem dúvida, não foi a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais.⁴”

O chefe do clã era representado pela figura paterna, tanto do ponto de vista da família quanto do ponto de vista da religião.

Motivava-se o culto aos mortos pela justificativa de que, segundo Fustel:

“[...] o homem, depois da morte, era considerada pessoa feliz e divina, com a condição, porém, de que os vivos lhe oferecessem continuamente banquetes públicos. Se essas ofertas cessassem, o morto decairia para uma esfera inferior, tornando-se demônio desgraçado e malfazejo. Porque, quando as antigas gerações começaram a imaginar a vida futura, não pensaram em recompensas e castigos; acreditaram que a felicidade do morto, não dependia da conduta que havia tido em vida, mas da que seus descendentes tinham a seu respeito. Por isso a cada pai esperava da sua posteridade a série de banquetes fúnebres que devia assegurar a seus manes repouso e felicidade. [...] Cada um, portanto, tinha grande interesse em deixar um filho, convencido de que disso dependia a felicidade de sua vida futura. Era até um dever para com os antepassados, porque sua felicidade durava somente enquanto existisse a família. [...]”⁵

Segundo o autor, uma das características mais marcantes da família antiga é a sua imposição de continuidade. “Uma família que se extingue é um culto que morre”⁶. Entende-se que o grande interesse humano é a perpetuação da linhagem e, conseqüentemente, a da religião doméstica.

“Em virtude dessas opiniões, o celibato devia ser ao mesmo tempo impiedade grave e desgraça: impiedade, porque o celibato punha em perigo a felicidade dos manes de sua família; desgraça, porque ele próprio não devia receber nenhum culto após a morte, desconheceria assim ‘o que alegra os manes’. Era ao mesmo

⁴ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. P. 58-59. E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acessado em março de 2013.

⁵ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. P. 69-70 E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acessado em março de 2013.

⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. P. 71 E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acessado em março de 2013.

tempo, para ele e seus antepassados, uma espécie de condenação.⁷”

Condenava-se, portanto, o celibato. Em algumas cidades gregas era considerado como crime. Isso devido ao fato de que o homem era propriedade da família, não podendo, a seu livre arbítrio, dispor de decisão que afetaria a toda uma linhagem. Além de gerar filhos o homem só estaria com o seu dever cumprido caso esse filho fosse gerado de casamento religioso. Os concebidos fora do casamento poderiam até serem reconhecidos, mas não poderiam desempenhar os papéis religiosos, já que, como consequência, não os herdaria do pai.

A perpetuação da família era tão importante, que era motivo para divórcio se a mulher ou o homem fossem estéreis, ou houvesse qualquer outro motivo que impedisse a procriação.

Também se justifica o nascimento do instituto da adoção com a continuação do culto doméstico. Como o culto deveria ser feito exclusivamente pelo filho varão, a adoção era o meio pelo qual a religião doméstica poderia ser eternizada, caso o patriarca da família não conseguisse ter nenhum outro filho varão dentro do casamento sagrado.

“Adotar um filho, portanto, era velar pela continuidade da religião doméstica, pela salvação do fogo sagrado, pela continuação das ofertas fúnebres, pelo repouso dos manes dos antepassados. Como a adoção não tinha outra razão de ser além da necessidade de evitar a extinção do culto, seguia-se daí que não era permitida senão a quem não tinha filhos.⁸”

Com a adoção do filho, deveria ele ser introduzido à religião e aproximá-lo de seus novos parentes. Deste modo fica nítido que o “princípio do parentesco não era o ato material do nascimento, era o culto⁹”.

Em síntese, subentende-se, do exposto que, tanto a família quanto a propriedade eram meras extensões e aditamentos do que se conhecia por religião doméstica.

No Direito Romano, por sua vez, a organização, de início, pouco se diferenciava das antigas. Sempre com o poder exercido pela figura paterna

⁷ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. P. 71 E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acessado em março de 2013.

⁸ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. P. 78 E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acessado em março de 2013.

⁹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. P. 81 E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acessado em março de 2013.

sobre o restante da família, a mulher era subordinada ao marido. A família romana era considerada um conjunto de pessoas sujeitas ao poder do *pater familias*, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança¹⁰.

Deste modo, complementa Carlos Roberto Gonçalves:

“O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, o chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob autoridade do *pater*.¹¹”

Alguns conceitos advindos do direito romano permanecem presentes até hoje, como é o exemplo do termo pátrio poder, hoje modificado para o poder familiar, porém com fulcro na significação antiga. O conceito de poder familiar está presente no atual Código Civil Brasileiro¹², qual seja o conjunto de deveres de caráter eminentemente protetivo em relação ao menor a ser realizado, antigamente pela figura paterna, e hoje pelas diversas conformações que a família moderna adota.

O Direito Canônico também era conhecido como o direito da Igreja Católica e grande influência teve para as futuras estruturas jurídicas. Toda a legislação canônica se consubstanciava em uma única legislação denominada de *Corpus Iuris Canonici*. Criada em meados de 1431, e seu prestígio foi de tal modo que a legislação canônica vigorou até 1917. Observa deste modo Carlos Roberto Gonçalves:

“Durante a idade média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e as relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica.¹³”

¹⁰ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Atualização Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.33.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31

¹² BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao>

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32

Com origem românica, estabeleceu-se uma grande mudança de paradigma, ocorrida quando o poder passou para as mãos da Igreja Católica. O chefe da Igreja desenvolveu um instituto dividido entre os interesses eclesiásticos e os interesses do monarca e que foram perpetuados até o século XX. O conceito de Direito nessa época era confundido com o conceito de justiça, uma vez que a lei era considerada mera intérprete da vontade divina.

Por ter como condição precípua a fé cristã, o direito canônico tinha com base a moralidade, desconsiderando tudo que pudesse vir de encontro a ela. Daí surge o impedimento matrimonial do adultério, por exemplo. Ocorre também na estipulação da idade mínima para o casamento, o que até os dias de hoje se faz presente no nosso ordenamento jurídico, não marcado pela mesma idade, porém, tendo a mesma origem do direito da Igreja Católica. Desse diapasão, comenta Orlando Gomes:

“A autoridade do direito canônico em matéria de casamento civil foi conservada até a lei de 1980, que instituiu o casamento civil. (...) A lei civil instituiu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesiásticas se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal. A separação da Igreja do Estado criou prevenções contra o casamento religioso, mas foi estabelecida sua eficácia, uma vez observadas certas exigências.¹⁴”

Com o passar do tempo, o conceito de família foi evoluindo, sendo acrescentado o afeto e não apenas a família sacramental em que sua junção era justificada unicamente pelo casamento. É o que ocorre nas famílias pós-modernas, conforme será desenvolvido mais adiante neste trabalho.

Houve, porém, a Revolução Industrial, um marco paradigmático que modificou toda a história do Direito de Família. Esta impulsionou as mulheres a adentrarem ao mercado de trabalho, deixando seus lares e modificando a configuração da família moderna.

Com a Revolução Industrial o Código Civil Francês, também conhecido como Código Napoleônico, tem sua gênese em 1804 e sua fonte de inspiração é o Direito Romano em conjunto com a consagração dos

¹⁴ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Atualização Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09.

princípios revolucionários da Revolução Francesa, tais como a liberdade da pessoa, o direito de propriedade, o laicismo, entre outros.¹⁵ Essa liberdade, patrocinada pelos ideais revolucionários e implantada no novo código, era uma liberdade mitigada. Aplicava-se apenas aos homens. As mulheres, entretanto, não se beneficiaram das mudanças do cenário jurídico. Elas permaneceram à margem desse novo sistema sendo consideradas civilmente incapazes.

O novo código foi dividido em duas partes: a da propriedade e a da família. A autoridade masculina foi majorada e a da mulher foi reduzida ao mínimo. Os ideais revolucionários de igualdade só foram aplicados aos homens, excluindo as mulheres de tal equiparação.

O casamento passou a somente ter validade quando realizado perante um juiz de paz, afastando toda a necessidade religiosa de celebração. Ele tornou-se um contrato entre os cônjuges, deixando de ser o sacramento religioso obrigatório.

O âmbito familiar foi embasado no direito Romano. A figura paterna era considerada autoridade máxima dentro dos clãs familiares. Quanto à herança, os filhos tinham iguais direitos, independente da ordem do nascimento.

"Embora inspirado no Direito Romano, o Código francês deu ao Direito Civil uma feição própria, definindo, com clareza e precisão, as relações entre as pessoas físicas e jurídicas, do mesmo modo que a Revolução Francesa tinha reestruturado o Estado e dado ao cidadão as garantias básicas na área do Direito Público, que até hoje caracterizam a democracia."¹⁶

O código foi a concretização de uma dupla expectativa do iluminismo: fazer com que as leis fossem submetidas a uma ordenação determinada pela razão – desejo de Montesquieu – e obra de um déspota ilustrado – como esperava Voltaire.¹⁷

¹⁵ ALTMAN, Max. *Hoje na história: entra em vigor o Código Napolênic*. Opera Mundi. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/3317/conteudo+opera.shtml>>. Acesso em: 07 de março de 2013.

¹⁶ BASTOS, Roberta. *Arnoldo Wald fala sobre a influência do Código Civil Francês no Direito Civil*. Jornal Jurid. Disponível em: <http://jornal.jurid.com.br/materias/noticias/arnoldo-wald-fala-sobre-influencia-codigo-civil-frances-no-direito-civil> Acesso em: 10 de março de 2013.

¹⁷ ALTMAN, Max. *Hoje na história: entra em vigor o Código Napolênic*. Opera Mundi. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/3317/conteudo+opera.shtml>. Acesso em: 07 de março de 2013

Já em Portugal, após o Código Civil Francês, a monarquia portuguesa fora, primeiramente, regida pela legislação foraleira, que eram leis particulares e variadas que regiam os pequenos distritos ou conselhos do reino. No reinado de Afonso II, em meados de 1128, apareceram as primeiras leis gerais em Portugal, não deixando, porém de existir as leis faroleiras.

Já no século XV, houve o advento das Ordenações do Reino, tais quais, as Ordenações Afonsinas, Ordenações Manoelinas e Ordenações Filipinas. No Brasil, sob influência da metrópole de Portugal, as Ordenações Filipinas vigoraram até 1830 em se tratando da parte penal, e até 1917 para a parte civil.¹⁸ As ordenações eram consideradas de aplicação prática, não tendo em seu bojo, como ocorre nas leis modernas, a manifestação de princípios.

Nas Ordenações Filipinas as restrições impostas a mulher eram bem específicas. Ela não podia participar do poder paternal, gerando consequentemente, a proibição de ser tutora exceto de seus próprios descendentes.

A esposa era submissa, como nas antigas codificações, ao marido e a ele devia a referência marital. Apesar, porém, do marido ter direito de administração dos bens da esposa, deveria ele ter o seu aval para no caso de alienação dos bens imóveis da mulher. Quanto a separação comenta Elina Guimarães:

“A separação de pessoas e bens (o divórcio não era admitido) pertencia ao foro dos tribunais eclesiásticos, mas, por se tratar também de assuntos patrimoniais, foi gradualmente passando para os tribunais civis.

Assim, o marido podia pedir a separação de pessoas (os bens ficavam em poder dele) no caso de adultério.(...) a esposa, que na vida conjugal nenhum direito tinha sobre os bens, era normalmente, depois de viúva, nomeada cabeça de casal, isto é, responsável pelos bens comuns até à partilha.”¹⁹

O poder paternal era exclusividade do pai. À mãe era imposto o direito à obediência e respeito dos filhos, bem como o dever de alimentos a eles.

¹⁸ SOARES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 19-20.

¹⁹ GUIMARÃES, Elina. *A mulher portuguesa na legislação civil*. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223552761S9jHG4vr3Ci53FM9.pdf> Acesso em 15 de março de 2013.

No século seguinte, promulgou-se no Brasil, a Código Civil de 1916²⁰ que teve grande influência do Código Napoleônico e veio substituir leis esparsas que vigoravam anteriormente. Quanto às evoluções no âmbito do Direito de Família, comenta Rodrigo da Cunha Pereira:

“Naquela época (1916) significou um grande avanço, se comparado com a legislação anterior, quando designou à mulher o direito de assumir, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de consorte e companheira (art. 240), além de conferir a ela o direito de dispor livremente do produto de seu trabalho (art. 246), o que até então era desconhecido pela lei.”²¹

Explícita, também, Carlos Roberto Gonçalves que o referido Código ateuve-se a mencionar os impedimentos matrimoniais, aos moldes do Direito Canônico.²²

Importante frisar, contudo, a história da inserção da família nas constituições brasileiras. Isso porque, segundo ressalta José Sebastião de Oliveira ao citar Washington de Barros Monteiro: “Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida que repousa toda a organização social.”²³ Além disso, o conhecer da história tem por objetivo nos doutrinar a como agir futuramente.

De início, a matéria do direito de família pouco aparece nas primeiras Constituições brasileiras. A primeira, a Constituição de 1824, não se referia ao assunto. O fato é justificado pela razão dessas primeiras cartas, formadas em um mundo positivado, pós-absolutismo, fora unicamente para se evitar a arbitrariedade dos governantes, estabelecendo a separação e limitação dos poderes, isto é, a ordem política fora o gênese da matéria abordada. Não podia ser diferente na Carta brasileira, mera compilação dos ordenamentos franceses datada do ano de 1791, espanhóis do ano de 1812, portugueses

²⁰ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Dispões sobre o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao>

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 64.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.. 32

²³ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26-29.

de 1822, da Carta de Luís XVIII de 1814 e da lei fundamental norueguesa também do ano de 1814.²⁴

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, não apresentou um tópico específico abordando a família. Essa constituição apenas reconheceu o casamento civil, devendo o mesmo ser gratuito. Essa abordagem, garantia ao casamento que a sua natureza civil deveria anteceder à religiosa. A Constituição de 1891 se dissociou de certa forma do estado religioso²⁵:

“A realidade é que o espírito dessa Constituição optou por finalizar com o antigo Estado confessional ou religioso, quando se posicionou pelo casamento laico como o único legal, secularizou os cemitérios submetendo às autoridades municipais suas administrações e ainda proibiu expressamente a subvenção oficial a cultos e igrejas e as relações de dependência ou aliança com o governo da União ou dos Estados. (...)”

É de se registrar que o legislador constituinte Pinheiro Guedes apresentou emenda que buscava caracterizar a família como base da sociedade e declarava competir ao Estado regular sua formação, porém sem sucesso.

Essa mesma emenda ainda declarava que a família se estabelecia por meio de consórcio voluntário entre um homem e uma mulher, celebrado pela autoridade civil perante testemunhas, estabelecendo um laço de união vitalícia perpétua e indissolúvel entre o homem e a mulher e criando direito e deveres recíprocos para os cônjuges, mas admitia que a quebra ciente e consciente desses direitos e deveres poderia determinar a ruptura do laço dos casos e pela forma previstos em lei.”

A Constituição promulgada em 1934 teve de cenário o *crash* da bolsa de 1929 e a consequente decadência do modelo liberal até então considerado como ideal. Fez-se necessário a interferência Estatal de modo a proteger os considerados hipossuficientes na sociedade brasileira. Comenta o autor:

“(...) em termos de família, ampliou-se o direito de cidadania em nosso país, quando então se passou a permitir a participação das mulheres e das pessoas maiores de 18 anos no processo político, além de prever o voto secreto e universal como forma de proteger a liberdade de expressão das pessoas.

A composição da Assembléia Constituinte foi *sui generis*, pois dela fez parte pela primeira vez, a presença feminina e também foi a

²⁴ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26-29.

²⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 36

primeira e única vez que contou com uma representação classista.”²⁶

Na referida Constituição foi introduzida um capítulo em especial para a família, além de reconstituir a relação Estado-Igreja, tanto a católica quanto as demais, ao se permitir a extensão dos efeitos civis aos casamentos religiosos, desde que, claro, a celebração não seja um atentado aos bons costumes.

A Constituição de 1937 outorgada em um golpe de estado por Getúlio Vargas pouco teve de alterações quanto ao tema família, uma vez que o mesmo participara da elaboração da constituição anterior, não fazendo sentido a modificação muito drástica desse tema. Comenta José Sebastião de Oliveira:

“No título ‘Da Família’, houve algumas alterações em relação à Constituição anterior pois procurou-se tratar da necessidade da educação da prole com a promessa da colaboração estatal de forma principal ou subsidiária; a questão da igualdade dos direitos dos filhos naturais em relação aos legítimos no que diz respeito à incumbência dos pais e ainda firmou posicionamento de que deveria ser objeto de cuidados e garantias especiais a infância e juventude, com o objetivo de que fosse assegurada às crianças e adolescentes uma vida digna, proporcionando-lhes desenvolvimento harmonioso das suas faculdades. Constata-se que o Estado se posiciona na condição de tutor da infância e juventude, em substituição aos pais na hipótese de caracterização do abandono²⁷.”

Após a Segunda Grande Guerra, a democracia prevaleceu em relação ao autoritarismo, fazendo com que, deste modo, também cessasse o governo de Getúlio Vargas. Uma nova Constituição deveria ser formada perante a ascensão de uma nova democracia. Nesta conjuntura, a Constituição de 1946 muito tinha de semelhante à promulgada em 1934.

“A constituição de 1946 praticamente em nada evoluiu, em termos de conceito de família, não obstante já haver naquela época pensamentos inovadores, mantendo *in totum* o pensamento conservador de que família só era a legítima, ou seja, a constituída pelo casamento, importando-se que ela fosse contraído com vínculo indissolúvel, de tal sorte que o posicionamento da Constituição de 1946 era exatamente igual ao posicionamento de

²⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42

²⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 53

12 anos atrás, ou seja o mesmo inserto da Constituição de 1934.²⁸

As Constituições de 1967 e a de 1969 também foram, para muitos, outorgada em face de um regime militar. Assim, pouco de mudança houve no corpo de ambas as Constituições até que se concretizou a possibilidade de dissolução do casamento por meio da Emenda Constitucional n. 09 do ano de 1977.

Com poucas mudanças, a esperança de tornar a família constitucionalizada permeava a proposta da Constituição que estava por vir.

Primeiramente, ao se falar do Direito de Família na Constituição Federal de 1988, insta-se mencionar o contexto de grandes mudanças no âmbito mundial, tanto sociológico, econômico, quanto nas relações interpessoais e relações atinentes ao Direito de Família:

“A norma jurídica deve estar em constante estado de aderência aos fatos e aos valores sociais, já que seu escopo é realizar fins úteis e justos. Deve ser reflexo da realidade fática, evitando-se o hiato entre os comandos normativos e a ordem social; é necessário que esteja numa relação viva com a vontade social. Não pode estar desconectada com a vontade popular. Diz-se que a norma constitucional é semanticamente eficaz quando está em compasso com os fatos sociais e os sentidos axiológicos conferidos pelos seus destinatários. A norma, nessas condições é adequada à realidade e aos valores sociais. Essa adequação leva à obediência e ao cumprimento da norma, porque nela a sociedade reconhece efetiva correspondência com o querer coletivo.”²⁹

A família enfrentou diversas modificações, tornando cada vez mais difícil da norma jurídica acompanhar tais mudanças. Segundo Orlando Gomes, a evolução da família está dividida em três fases: a primeira pré-industrial onde predominava a agricultura de subsistência, a família consumia o que produzia e o pai era a autoridade suprema. A segunda caracterizada pela revolução industrial, quando as mulheres e as crianças, consideradas mãos de obra mais baratas para as indústrias, começaram a sair de seus lares também serem fontes de renda para a sua família,

²⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 60

²⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 83

juntamente com a figura paterna. E a terceira e atual fase, caracterizada pela expressão máxima do capitalismo, cuja a intensão do trabalho é a satisfação do consumismo dos membros familiares.³⁰

Com essas constantes mutações fez-se imperiosa a escolha das legislações, em especial na Carta Magna, considerada suprema no nosso ordenamento. É uma amostra do que ocorria na Constituição anterior. Havia um descompasso no ordenamento e na realidade fática. Por exemplo, a Carta anterior só reconhecia a família monoparental, porém, sabemos que há muito tempo essa não é a única nem mesmo podemos considerar a correta, na nossa sociedade.

Nesse enfoque a nova Constituição³¹ fez menciona três tipos de formação familiar formal no artigo 226, §3º, quais sejam: o casamento, a união estável e a família monoparental. Ela ainda fez questão de afastar o tratamento discriminatório resultantes da concepção do filho ter sido concebido dentro ou fora do casamento. Há também as famílias informais que estão subentendidas na Constituição de 1988, quais sejam: as homoafetivas, as constituídas por avós e netos, as constituídas apenas pelos irmãos e as famílias unipessoais, que terá relevância quanto ao direito das coisas ao que se dizer a inalienabilidade do bem de família. Cumpre-se ressaltar que o rol não é taxativo, devendo o direito acompanhar as diversificações na sociedade.

A Carta Magna estabeleceu uma responsabilidade compartilhada da família, sociedade e estado perante a criação e desenvolvimento da criança. Vigora, ainda, a “convocação dos pais para uma ‘paternidade responsável’ e assunção de uma realidade familiar concreta onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica”³²

Sendo assim, tanto as famílias formais quanto as informais serão regidas por princípios constitucionais implícitos ou expressos na Carta Magna, que serão abordados mais adiante.

³⁰ GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 21-22.

³¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao>

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 8. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34

Após longo período de tramitação no Congresso Brasileiro, o Código Civil de 2002 foi aprovado em 10 de janeiro de 2002. Durante sua tramitação inúmeras emendas foram propostas, porém muitas não foram consideradas. Não tendo a oportunidade das devidas incorporações, logo após sua promulgação, as alterações tornaram-se necessárias.³³

O novo Código estabelece como efeito do casamento a comunhão plena de vida, e a igualdade de deveres dos cônjuges. A igualdade havia sido apresentada na Constituição de 1988 e o Código só vem a ratificar sua importância. Consequentemente à igualdade dos cônjuges, aparece na modificação o pátrio poder pelo poder familiar.

Assim como a Carta Constitucional, o novo Código também veio a facilitar a conversão da união estável no casamento, bem como a conversão do instituto religioso no civil. Esse reconhecimento teve como bojo a “busca de exercitar um certo controle social”³⁴, ou seja, veio a efetivar no mundo jurídico o que já existia no mundo fático. Conclui, neste sentido Carlos Roberto Gonçalves: “(...) as alterações pertinentes ao direito de família advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstraram e ressaltam a *função social* da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos.”³⁵

2.2 Princípios que regem o Direito de Família

Faz-se necessário enumerar os princípios que fundamentam o Direito de Família, estes que se encontram explícitos e implicitamente na Constituição Federal de 1988.

Ao ressaltá-los na Carta Magna, o legislador os estabeleceu de maneira a não haver retrocessos, são eles “coerentes com a estruturação do Estado Democrático Social (...) e lançam para o futuro a recepção dos seus

³³ GLAZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 340

³⁴ DIAS, Maria Berenice. *As famílias e seus direitos*. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br> Acessado em 5 de abril de 2013.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

conteúdos pelas novas gerações.”³⁶ Fato que será observado nos seguintes princípios norteadores da aplicação do Direito de Família.

O princípio da dignidade da pessoa humana hoje é considerado por muitos doutrinadores como um superprincípio que deve ser levado em consideração ao se aplicar a todos os ramos do direito, passando a ser o “princípio e o fim do Direito”³⁷. Para Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana:

“concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humana. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que por todo estatuto jurídico, deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”³⁸

Seu significado teve origem na filosofia de Immanuel Kant, no início do século XIX. Rodrigo da Cunha Pereira cita o filósofo explicando:

“É que o homem, sendo dotado de consciência moral, tem um valor que o torna sem preço, que o põe acima de qualquer especulação material, isto é, coloca-o acima da condição de coisa. (...) Por conter essa dignidade, esse valor intrínseco, sem preço, ou acima de qualquer preço, que faz dele pessoa, ou seja, um ser dotado de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberalidade.”³⁹

Consoante a esta idéia, o princípio da dignidade da pessoa humana se encontra no primeiro artigo da Carta Magna no qual se revelam “os valores e os fins mais gerais orientadores de nosso ordenamento constitucional, funcionando como diretrizes para todos os órgãos mediante os quais atuam os poderes constituídos.”⁴⁰. O princípio é mister pois

³⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 275.

³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 115.

³⁸ MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116-117.

⁴⁰ PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 83.

proclama que o Estado tem como centro o ser humano, independente de qualquer especulação patrimonial e dá origem a outros valores constitucionais, tais como o direito à vida, intimidade, solidariedade, afetividade e a maioria dos princípios relacionados ao Direito de Família. Complementa Carlos Roberto Gonçalves ao citar Gustavo Tepedino:

“A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos⁴¹.”

Ou seja, a dignidade da pessoa humana é uma característica considerada intrínseca de todos os seres humanos que deve ser respeitada por seus semelhantes. A não observância deste princípio rebaixa o indivíduo a qualidade de coisa em razão da violação da característica inerente à natureza humana.⁴² O homem é superior à coisa, já que não poderá ser substituído. Da ideia de ter um valor intrínseco, pressupõe o conceito de dignidade.

“Assim, não é por acaso que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional. Ela é acima de tudo um princípio ético, que a história mostrou ser necessário incluir entre os princípios do Estado. Na verdade, a dignidade da pessoa humana é mais que um direito, pois ela é a prova de que deve haver certos direitos de atribuição universal, por isso é também um princípio geral do direito. Uma Carta de Direitos que não reconheça essa ideia ou que seja incompatível com ela é incompleta ou ilegítima, pois se tornou um valor e uma necessidade da própria democracia.”⁴³

O referido princípio, com o seu sentido atual, teve sua primeira aparição na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 permeado por um cenário de lutas políticas que buscavam a igualdade após as Guerras Mundiais. Desde então, este ideal se fez presente em todas as Constituições democráticas.

Para o Direito de Família, a aplicação deste ideal está relacionado com “a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Atlas(2008). Acesso por http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0613190_08_cap_02.pdf

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

liberdade.”⁴⁴ Está intrínseco o significado de igualdade, isonomia, devendo todos serem tratados de maneira digna. “Do princípio da dignidade da pessoa humana decorreram a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, valorizando-se os aspectos existenciais e procurando-se garantir, acima de tudo, os direitos da personalidade de cada membro do grupo familiar.”⁴⁵

Nesse sentido, em sentença proferida ainda em 2004, sobre o tema desta pesquisa, o juiz Unias Silva comenta:

“No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o art. 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe ‘com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária’, além de colocá-la ‘à salvo de toda forma de negligência e discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão’. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, despreende-se que a responsabilidade não se pauta tão somente no dever de alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.”⁴⁶

Conclui-se, portanto, que “as relações familiares devem sempre se orientar buscando proteger a vida e a integridade dos membros da família, baseados no respeito e assegurando os seus direitos de personalidade.”⁴⁷ Por ser considerado como superprincípio, a dignidade da pessoa humana estará presente na aplicação dos demais princípios do direito de família, devendo sempre ser observado, se possível, o melhor interesse da criança, o princípio da solidariedade e o princípio da afetividade.

Nas sociedades antigas a prevalência do patrimônio e dos interesses individuais eram priorizados em detrimento dos interesses da coletividade. No mundo moderno, com cerne no liberalismo, essa ideia começou a mudar.

⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121

⁴⁵ LEVY, Laura Afonso da Costa. *Família Constitucional, sob um olhar da afetividade*. 2010. Disponível em <http://www.webartigos.com.br/artigos/familia-constitucional-sob-um-olhar-da-afetividade/32467/> Acesso em 7 de setembro de 2013.

⁴⁶ TJMG. 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 2.0000.00.408550 - 5/000(1). Rel. Unias Silva, julgado em 01 abr. 2004. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp.

⁴⁷ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A importância dos princípios específicos do Direito das Famílias*. <http://www.ibdfam.org.br> acesso em 15 de abril de 2013.

Contudo, antes da Constituição de 1988 o princípio da solidariedade nada mais era que uma diretriz de ordem moral e ética que deveria ser seguido pelos cidadãos. Com o advento dos novos princípios norteadores do Direito de Família presentes na Constituição, a solidariedade passou a ser exercida em relação aos cônjuges e em relação aos pais e filhos, que têm por dever o amparo ao menor.

“O princípio da solidariedade no plano das famílias, apresenta duas dimensões: a primeira, no âmbito interno das relações familiares, em razão do respeito recíproco e dos deveres de cooperação entre seus membros; a segunda, nas relações do grupo familiar com a comunidade, com as demais pessoas e com o meio ambiente em que vive. O lar é por excelência um lugar de colaboração, cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, a de solidariedade civil.”⁴⁸

No art. 3º, I da Constituição Federal há a clara manifestação da vontade do legislador, ao colocar como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Complementa Maria Berenice Dias:

“Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.”⁴⁹

A família é “um fenômeno universal, presente em todos os tipos de sociedade”⁵⁰. Indiscutivelmente, ela é o cerne de uma nação. “A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental que repousa toda a organização social”⁵¹. Deste modo, sendo o princípio da solidariedade um princípio constitucionalmente garantido, será ele de ampla aplicação ao Direito de Família.

O princípio da solidariedade se concretiza com o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece ser “dever da família, da

⁴⁸ PAULO Lôbo, *apud* Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 225.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

⁵⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude *apud* Roudinesco, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 13.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” Ou seja, a cooperação deverá ser solidária entre os diversos agentes que participam da vida do menor. Complementando este entendimento, Gabriela Soares Linhares Machado em artigo publicado pelo IBDFAM registra:

“Nesse contexto, verifica-se que o princípio da solidariedade representa a negação dos valores individualistas mantidos pelo Estado Liberal, à medida que incumbe tanto à sociedade quanto a cada integrante desta reconhecer a responsabilidade pela existência de cada pessoa que compõe o corpo social.

Com fundamento explícito ou implícito no princípio da solidariedade, Paulo Lôbo destaca que “os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados.”

Ademais, ainda de acordo com referido autor, desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao “cuidado como valor jurídico”, o que estaria intimamente associado ao princípio da solidariedade. Assim, o cuidado com as pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, vez que incumbe à família o cuidado com aqueles membros.⁵²”

Diferentemente da obrigação solidária, a solidariedade “como princípio norteador do Direito de Família advém da ideia que traduz uma relação de corresponsabilidade entre pessoas unidas, inclusive por um sentimento moral e social de apoio ao outro.”⁵³ A obrigação solidária, por sua vez, é a pluralidade de credores ou devedores com obrigação de receber ou pagar a dívida solidariamente ente si. Ao ser avocado, portando, o princípio da solidariedade no Direito de Família, em casos de pagamento de pensão alimentícia, estará sendo tratado do princípio e não da obrigação, pois são institutos tecnicamente diferentes.

⁵² MACHADO, Gabriela Soares Linhares. *Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos> acesso em: 15 de abril de 2013.

⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223.

Destarte, como bem pondera Maria Berenice Dias, “são os laços de afetividade, fraternidade e solidariedade que justificam a construção de um ramo do direito voltado a vínculos de natureza matrimonial, parental e assistencial.”⁵⁴ Com isso, ao se integrar o entendimento de princípio da solidariedade, com o da proteção integral da criança e do adolescente, que será retratada adiante, entendemos a real necessidade que existe em garantir a esses seres em desenvolvimento um direito à um dia se tornarem pessoas viáveis. O direito, deste modo, deverá ser assegurando conjuntamente por todos os agentes participativos da vida da criança, tais como a sociedade que os permeiam, seus familiares e o Poder Público.

Como dito anteriormente, a família da antiguidade era uma família basicamente patrimonialista, ligada à religião e à política. Com o passar do tempo, a mulher foi integrada no mercado de trabalho e como consequência houve a diminuição do núcleo familiar. A ausência da mulher no núcleo familiar, levou a maior participação da figura paterna dentro de casa, fazendo com que o exercício da paternidade fosse relevado. Conclui:

“Diante dessa nova estrutura, a família passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que adquiriram importância secundária. A mulher deixou de ficar ‘presa’ ao marido por questões econômicas e de sobrevivência, e seu vínculo passou a ser preponderantemente por motivações afetivas, vez que adquiriu possibilidades de se manter por seu próprio trabalho. De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua.”⁵⁵

Quando o conceito de família deixou de ser essencialmente patrimonialista e ligado à subordinação do pátrio poder, o afeto tornou-se elemento constitutivo das famílias modernas. Ou seja, “a partir do momento em que as pessoas passaram a se casar por amor, a família foi deixando de ser, essencialmente, um núcleo econômico e reprodutivo. Assim, se fez a

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *A solidariedade familiar e o dever de cuidado nas uniões homoafetivas*. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/19_-_a_solidariedade_familiar_e_o_dever_de_cuidado.pdf Acesso em 15 de abril de 2013.

⁵⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211.

‘desconstrução’ da família patriarcal, tradicional e hierarquizada. E foi, então, que o afeto tornou-se um valor jurídico.⁵⁶

Atualmente, mais importante que a carga genética e o vínculo biológico é o laço afetivo que liga as famílias modernas. A presença do pai ou da mãe biológica não é pressuposto para que o indivíduo se desenvolva e venha a se tornar um adulto saudável, “o cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável de alguém. Por isso, a família não é apenas um dado natural, genético ou biológico, mas cultural, insista-se.”⁵⁷ Nesse mesmo sentido, complementa Maria Berenice Dias:

“O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da consciência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.”⁵⁸

E o que vem a ser o afeto? Rodrigo Pereira da Cunha define da seguinte maneira:

“Qualquer pessoa, qualquer criança, para estruturar-se como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa “afeição por alguém”, “dedicado”. Afeição quer dizer também “instruir, educar, formar”, “dar feição, forma ou figura”. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas uma ação, que não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. Ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, está-se objetivando o afeto e tirando-o do campo da subjetividade apenas. Nessas situações, é possível até presumir a presença do sentimento de afeto. Obviamente que pressupõe, e tem também como elemento intrínseco, a imposição de limites. A ausência deste sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutas

⁵⁶ LEVY, Laura Afonso da Costa. *Família Constitucional, sob um olhar da afetividade*. 2010. Disponível em <http://www.webartigos.com.br/artigos/familia-constitucional-sob-um-olhar-da-afetividade/32467/> Acesso em 7 de setembro de 2013.

⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

paternas/maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento.⁵⁹

O afeto, portanto, faz-se imprescindível nas relações familiares, seja qual for sua configuração. Ou seja, “o afeto é um princípio jurídico e também um pressuposto da autoridade e das funções paternas”⁶⁰. Assim justifica-se:

“A família é base de uma sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É na família que tudo principia. É a família que nos estrutura como sujeitos e encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural. Apesar da variedade e diversidade da cultura, religião, credos e valores morais, devemos pensar a família como resultado da cultura e não apenas da natureza. Assim, deve ser vista como uma estrutura que sofre influências do meio no qual está inserida e que se transforma com o passar dos séculos pelos anseios do homem.”⁶¹

Na Constituição de 1988, nasce como um direito fundamental. O princípio do afeto é implementado no artigo 227 e também pelo Estatuto da Criança e do adolescente. O referido princípio não veio a ser apenas uma recomendação de como deve ser aplicado o Direito da Criança e do Adolescente. E ele passou a ser uma diretriz, onde o tratamento discriminatório entre os filhos deverá ser excluído do ordenamento e o melhor interesse da criança e do adolescente deverá ser respeitado, além do dever da paternidade responsável.⁶²

A doutrina da proteção integral preza pela aplicação das normas destinadas a criança e ao adolescente de maneira a priorizá-los, em detrimento de quem não está no mesmo patamar de ser em desenvolvimento. A criança e o adolescente precisam de atenção dos agentes que participam do seu ciclo social por serem pessoas em situação peculiar de desenvolvimento psíquico, moral e físico. Deve-se portanto,

⁵⁹ CUNHA, Rodrigo Pereira da. *Filhos do Pai, Filhos da Mãe e o abandono afetivo* – a responsabilidade parental. Disponível em <http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=2271> Acessado em 15 de abril de 2013.

⁶⁰ CUNHA, Rodrigo Pereira da. *Nem só de pão vive o homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/392> Acesso em 18 de maio de 2013

⁶¹ LEVY, Laura Afonso da Costa. *Família Constitucional, sob um olhar da afetividade*. 2010. Disponível em <http://www.webartigos.com.br/artigos/familia-constitucional-sob-um-olhar-da-afetividade/32467/> Acesso em 7 de setembro de 2013.

⁶² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

sempre levar em consideração a situação de peculiaridade da criança e do adolescente.

Quanto ao melhor interesse da criança e do adolescente, este deverá sempre ser observado no caso concreto. De maneira geral, devem ser observados a concepção de direito fundamental da criança e do adolescente que desta maneira se estará observando o melhor interesse dos mesmos.

É inegável que os princípios mencionados se complementam. Todos eles deverão ser aplicados ao caso concreto conjuntamente e em observância ao melhor interesse da criança ou do adolescente.

2.3 A importância da figura paterna nas relações de família

Como já mencionado anteriormente, após a revolução industrial e com as mulheres ingressando no mercado de trabalho, as relações familiares têm-se transformado. Observa-se essa mutação com prevalência nas relações paterno-filiais, onde os papéis conjugais e parentais começaram a ser dissociados.⁶³ A imagem de autoridade e de pai pouco participativo foi sendo substituída pela do pai que divide a responsabilidade do desenvolvimento social e psicoafetivo com a mãe. Complementa Rodrigo da Cunha Pereira:

“Com as mudanças do sistema patriarcal, não se pode mais fazer o retrato de um pai típico. No patriarcado, em Roma, o pai, além de encarnar a lei, a autoridade, era instituído de um poder quase divino. Por outro lado, pouca atenção foi dada ao outro lado desse sistema: as crianças eram abandonadas afetivamente pelo pai e eram criadas quase que exclusivamente pela mãe. O início da vida desenrolava-se sem a presença do pai. Hoje, com a revolução feminista, os homens tendem a uma participação mais efetiva e não se limitam a ser apenas a representação da Lei. O número de pais que educam sozinhos seus filhos está crescendo na maioria das sociedades ocidentais.”⁶⁴

Com essa mudança de paradigma do papel da figura paterna, tornou-se indissociável para o crescimento psicológico saudável da criança o imago do pai, seja ele biológico ou não. É inegável, conforme as pesquisas

⁶³ BENCZIK, Edyleine Belline Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. *Rev. Psicopedagogia*. Disponível em: < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0103-84862011000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 ago 2013.

⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Pai, por que me abandonaste?* Disponível em: < <http://www.rodrigodacunha.adv.br/>> Acesso em: 23 ago 2013.

recentes, que a ausência paterna no desenvolvimento da criança gera deficiências e danos em sua formação.

“Estudos comprovam que o número de jovens que cometem delitos é maior entre os que foram criados longe do pai.

Não que se chegue à conclusão de que a presença exclusiva da mãe seja fatal para a formação da personalidade de uma criança, contudo, o que chama a nossa atenção é a ausência do pai. “Os efeitos da interação da mãe com os filhos são significativos. Mas, nossos estudos indicam que a influência do pai pode ser muito mais extrema, seja este efeito bom ou mau”, afirma John Gottman, autor do livro “Inteligência emocional e a arte de educar nossos filhos”.

Segundo os estudiosos da área, é o pai quem mostrará ao filho o caminho da masculinidade, aquilo que o garoto deve vir a ser. Sua mãe não se acha preparada para isso; não se deve esperar dela que o faça. Quando o menino acorda para a presença do pai, e percebe o elo profundo que é preciso desenvolver entre ambos, tem início sua viagem rumo à masculinidade. Se para um menino a presença saudável do pai lhe dá condições de desenvolver positivamente sua masculinidade, na vida das meninas os pais (no sentido masculino) são as primeiras pessoas que elas olham para obter uma imagem sobre o que o homem é e como ele deve ser.

Os pais representam o sexo masculino para as filhas durante os primeiros anos de suas vidas. Elas aprendem a amar ou odiar os homens, em grande parte, através do relacionamento delas com os pais. Elas aprendem a confiar ou não nos homens, em grande parte, pelo que seus genitores demonstram para elas. Elas aprendem sobre uma intimidade correta, sobre compartilhar os bons momentos e sobre o amor com as figuras paternas. E há de se concordar que tal seja uma enorme responsabilidade.⁶⁵”

O pai representa para a criança a figura de autoridade, impondo limites e ajudando na sua socialização. Ainda nos primeiros anos de vida do bebê, o pai é o “fator de divisão da relação simbiótica mãe-bebê”⁶⁶, o que irá autorizar a sua inserção social no ambiente que lhe cerca.

Entende-se que a associação entre os papéis da mãe e do pai proporcionam a criança “viver de forma mais natural os processos de identificação e diferenciação”⁶⁷, tendo como consequência quando da sua

⁶⁵ DIAS, Caroline Said. Os instrumentos jurídicos do Direito Civil disponíveis para fiscalização do cumprimento dos deveres parentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 583, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6301>>. Acesso em: 9 set. 2013.

⁶⁶ EIZIRIK, Mariana; BERGAMANN, David Simon. Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n3/v26n3a10.pdf>>. Acessado em: 23 ago 2013.

⁶⁷ EIZIRIK, Mariana; BERGAMANN, David Simon. Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n3/v26n3a10.pdf>>. Acessado em: 23 ago 2013.

ausência, a sobrecarga do papel do outro indivíduo, podendo causar prejuízo na formação da personalidade da criança:

“[...] crianças que não convivem com o pai acabam tendo problemas de identificação sexual, dificuldades de reconhecer limites e de aprender regras de convivência social. Isso mostraria a “dificuldade de internalização de um pai simbólico, capaz de representar a instância moral do indivíduo”. Tal falta pode se manifestar de diversas maneiras, entre elas uma maior propensão para o desenvolvimento com a delinquência.⁶⁸”

A ausência do pai para a criança é em seu íntimo traduzido como um abandono e pela idéia dela não ser amada pelo próprio genitor ausente. Elas se sentem diminuídas e desvalorizadas, provocando sentimentos de culpa pelo abandono. Há significativas repercussões em relação ao abandono no campo comportamental da criança e em suas vivências emocionais. Muitas vezes, elas se tornam crianças emocionalmente dependentes de pessoas que possam vir a exercer o papel de autoridade.

“Tanto o pai quanto a mãe concorre para que se organize convenientemente o desenvolvimento estrutural, psíquico, moral e ético do filho, cabendo à mãe um papel que mais se relaciona com a flexibilidade, com o afeto e com o conforto, enquanto ao pai cabe um papel que mais se relaciona com a fixação do caráter e da personalidade. A conjugação de ambos os papéis e a co-relação de seus efeitos são capazes de revelar, na maioria das vezes, uma pessoa mais harmoniosa sob muitos pontos de vista sociais e de acordo com muitos modelos culturais.

É claro que a ausência da figura ímpar do pai – assim como a da mãe, porque a estrutura ideal, nessa situação, é a bipolar – fará com que os filhos, na maioria das vezes, sintam-se inseguros e incapazes de definir seus projetos de vida, bem como tenham grande dificuldade de aceitar o princípio da autoridade e existência de limites. ‘Alguma coisa está quebrada dentro deles’.⁶⁹”

Trata-se aqui não apenas do abandono material como também, do mais relevante, o abandono afetivo. Muito se fala em penalidade para o não pagamento de pensão alimentícia e não provimento do genitor das necessidades básicas do filho. Mas deve-se entender também como básica a participação na formação da personalidade, do caráter, ou seja, na

⁶⁸ EIZIRIK, Mariana; BERGAMANN, David Simon. Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n3/v26n3a10.pdf>>. Acessado em: 23 ago 2013.

⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br>. Acessado em 26 de ago de 2013.

formação da criança como indivíduo. Entende deste modo Rodrigo da Cunha Pereira:

“O abandono material não é o pior, mesmo porque o Direito tenta remediar essa falta, oferecendo alguns mecanismos de cobrança e sanção aos pais abandonônicos. O Código Penal, por exemplo, tipifica como crime o abandono material e intelectual (arts. 244/246) e a lei civil estabelece pena de penhora e/ou prisão para os devedores de pensão alimentícia. O mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não-presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.

A ausência das funções paternas já se apresenta hoje, inclusive, como um fenômeno social alarmante, e provavelmente é o que tem gerado as péssimas conseqüências conhecidas por todos nós, como o aumento da delinquência juvenil, menores de rua e na rua etc. E isto não é um fenômeno de determinada classe social. Certamente, nas classes menos favorecidas economicamente, o abandono material é maior, pois se mistura também com a questão política de abandono do Estado, que também exerce, em muitos casos, uma função paterna e de o “Grande Outro”. Esta ausência paterna e o declínio do pater-viril está acima da questão da estratificação social. É um fenômeno e conseqüência das transformações sociais iniciadas com a revolução feminista, a partir da redivisão sexual do trabalho e a conseqüente queda do patriarcalismo.”

Para o mesmo autor, a paternidade deve ser entendida como uma função, onde só existirá se for efetivamente exercida. “O direito do pai é condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um DIREITO FUNDAMENTAL, é um DIREITO FUNDANTE DO SER HUMANO COMO SUJEITO” ⁷⁰, complementa Rodrigo Pereira da Cunha.

Desta forma, é inegável que o papel do pai no desenvolvimento do filho vai muito além do somente prover condições financeiras para o seu desenvolvimento básico. Está diretamente ligado com o efetivo exercício da função paterna para que a criança possa ser psicológica e socialmente saudável, ou seja esta sensação de acolhimento se faz mister para que ela se desenvolva psicoafetivamente.

⁷⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Pai, por que me abandonaste?* Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/>> Acesso em: 23 ago 2013.

3 O DEVER DE INDENIZAR NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

3.1 Conceito jurídico de responsabilidade civil

Responsabilidade é o compromisso, o dever jurídico, a obrigação de se responder por seus próprios atos ou palavras⁷¹. Toda atividade que provoca um dano, com repercussão no mundo social, gera um dever de reparação. Em linhas gerais, a responsabilidade civil, é a obrigação de se restaurar o desequilíbrio desencadeado pela atuação danosa de um indivíduo, podendo ser esse vínculo gerado por uma obrigação contratual ou extracontratual. Entende-se, deste modo, a responsabilidade como “a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”.⁷² Complementa esta ideia Carlos Roberto Gonçalves:

“No campo da responsabilidade civil encontra-se a indagação sobre o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem causou e em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido.

Quem pratica um ato, ou incorre em uma omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se, portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social.”⁷³

Insta mencionar que tão importante, ou muitas vezes, mais importante que a obrigação de ressarcir o dano material, é a de ressarcir o dano sofrido moralmente. Caso não seja possível restaurar o *status quo ante* a reparação deverá ser de caráter indenizatório.

Estabelece o artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Subentende-se que o legislador fez prevalecer os elementos da responsabilidade civil, tais como: a ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, dano e relação de causalidade entre a ação do agente e o dano sofrido pela vítima.

⁷¹ Dicionário jurídico eletrônico. Disponível em <<http://www.direitovirtual.com.br/>>. Acessado em 25 de ago de 2013.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21

Ao se falar de ação ou omissão, a referida lei, fez questão de tratar do ato cometido por alguma pessoa, seja esse ato comissivo ou omissivo, com a consequência voluntária ou não de causar algum prejuízo a terceiro. Ação ou omissão é a origem da responsabilidade, seja ela civil ou penal. Diferentemente da ação, a omissão se caracteriza por uma conduta negativa. Aqui o agente tinha a obrigação de agir, mas por qualquer que seja esse motivo, não praticou a ação que deveria.

“A exigência de um fato ‘voluntário’ na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou demente. Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem. Fato voluntário equivale a fato controlável ou dominável pela vontade do homem. [...]”

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado, o dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até de criação de alguma situação especial de perigo.”⁷⁴

A culpa no referido artigo é entendida como culpa *lato sensu*, ou seja, dolo, que é o intuito de se praticar determinado fato com consequência do dano causado ou a simples ação do agente com imprudência, imperícia ou negligência, a culpa *strictu sensu*.

“Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil.

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba a afirmação de que ele podia e devia ter agido de outro modo.”⁷⁵

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58-59.

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315.

Entende-se, portanto, a culpa como a falta da observância do dever de cuidado, seja ela intencional ou não. Ela poderá estar contida em lei ou por pacto entre as parte envolvidas. Entende assim Rui Stoco:

“a culpa em sentido amplo, tanto pode ser a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão de aqodamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem intenção de prejudicar. Evidentemente que a ação intencional e voltada para uma finalidade que o direito repudia traduz o dolo, enquanto a inobservância do dever de cuidado, como esclarecido, torna a conduta culposa, posto que na culpa o fim colimado pelo agente é desimportante, assumindo relevância a forma imprópria que atuou.”⁷⁶

Em regra, esta teoria da culpa é a mais adotada no ordenamento jurídico atual. “Ademais, a multiplicação das oportunidades e dos casos de danos evidenciou que a responsabilidade subjetiva mostrou-se insuficiente para cobrir todos os casos de reparação”⁷⁷. Verificou-se também, que muitas vezes a vítima não consegue comprovar todos os fatos ocorridos, por desigualdade econômica, continuando sem a indenização do prejuízo sofrido. Por isso, em alguns casos, adotou-se a responsabilidade objetiva, na qual não há do que se falar em comprovação de culpa.

Em alguns casos, inclusive, há a possibilidade de se desconsiderar a origem do ato, podendo ele ser lícito ou ilícito. Aqui será apenas considerado se o ato praticado gerou danos à vítima, devendo, em caso afirmativo ela ser indenizada.

A teoria do risco nasce nesse cenário de se fazer justiça em inúmeros casos que se verifica grande dificuldade probatória. Esta teoria celebra o risco inerente em algumas relações em que não há a necessidade de se comprovar a culpa, mas pura e simplesmente, comprovar a relação de causalidade entre a conduta e o dano causado.

“A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro), assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar

⁷⁶ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 133.

⁷⁷ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 155.

da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem a pesquisa de uma relação de causalidade (*La Responsabilité civile. Paris: Dallos, 1975, n.2, p.4*)(cf Caio Mario, *Responsabilidade Civil cit.*, p. 267)⁷⁸.

Insta ressaltar que no âmbito da pesquisa, não há do que se falar em responsabilidade objetiva aplicada no abandono afetivo.

O nexo de causalidade, por sua vez, é o liame que liga a ação ilícita do agente, ou seja o fato ilícito, e o dano produzido. “É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar”⁷⁹.

Antes mesmo de se analisar se o sujeito da ação agiu com culpa, deve-se analisar se a ação ilícita do agente foi o motivo do resultado danoso. O nexo de causalidade é, portanto, elemento essencial da responsabilidade civil.

“É necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes, que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de René Demogue, ‘é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção o dano não ocorreria’(Traité des Obligations em Général, v. 4, n. 66)”⁸⁰.

Dano moral é o aquele que não há lesão ao patrimônio da pessoa, mas sim ofensa aos bens que integram o direito de personalidade, acarretando, ao lesado, dor, sofrimento, tristeza, vexame, humilhação, ou seja, desequilíbrio em seu bem estar.⁸¹

⁷⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 157.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 351.

⁸⁰ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, P. 151.

⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379.

Entende-se como direito de personalidade os direitos essenciais ou fundamentais da pessoa, ou seja, eles se referem à própria pessoa humana.

Rui Stoco cita:

“Complementa Teresa Ancona que ‘os direitos de personalidade são as prerrogativas do sujeito em relação às diversas dimensões de sua própria pessoa. Assim, sua dimensão física exerce o homem os direitos sobre sua vida, seu próprio corpo vivo ou morto ou sobre suas partes separadamente. Isto é o que chamaríamos de direitos sobre a integridade física. Como é óbvio, faz parte dessa integridade a saúde física e a aparência estética; por isso foi que afirmamos ser o dano estético, como dano moral, uma ofensa a um direito de personalidade. Outra dimensão do homem é a intelectual. Como decorrência disto tem a pessoa humana direito às suas próprias citações artísticas, literárias e científicas, assim como tem o direito de manifestar opiniões como lhe conviver. É o que o Prof. Limongi França chamava de direitos à integridade intelectual. Finalmente, temos a dimensão moral e é aí que se localiza o gozo dos direitos sobre a integridade moral. Dentre esses estão o direito à liberdade, a honra, ao segredo, ao recato, ao nome, ao próprio retrato e à própria imagem’ (O dano... cit., p. 25)”⁸²

Alguns autores entendem que os direitos de personalidade não são direitos propriamente ditos, mas sim pressupostos para o exercício de qualquer outro direito garantido a nós. Devendo estes serem respeitados, de modo que a lei reprovava todo tipo de abuso de direito.

Dentre os direitos de personalidade encontram-se os direitos da criança e do adolescente ao convívio familiar, ao afeto, para que eles possam se desenvolver psicologicamente e socialmente. Nada mais justo do que a responsabilização do genitor faltoso ao não cumprir com essas obrigações que lhe foram incumbidas. Toda criança deve ter seu direito garantido, esse relacionado como um supraprincípio na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana.

Ainda quanto ao dano moral, este se caracteriza por estar além dos desprazeres da vida cotidiana que todos devem suportar. São aqueles que se configuram quando se extrapola a normalidade dos pequenos incômodos que vivenciamos. Conclui muito sabiamente o autor Rui Stoco:

“De tudo se conclui que, ou aceitamos a ideia de que a ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial,

⁸² STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1631.

atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido.

E não temos dúvida de que dano se trata, na medida em que a Constituição Federal elevou à categoria de bens legítimos e que devem ser resguardados todos aqueles que as a expressão imaterial do sujeito, seu patrimônio subjetivo, como os sentimentos d'alma, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, que, se agredidos, sofrem lesão ou dano que exigem reparação. Até mesmo a dor moral- como a angústia, a aflição e a tristeza – faz parte do patrimônio subjetivo da pessoa, embora de natureza negativa, mas que deve ser respeitada. [...]

Não podemos nos apartar de um aspecto fundamental evidenciado por Luiz Edson Fachin quando lembra que 'a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico' (*Estatuto jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renova, 2001, p. 51*).

Significa, portanto, que o dano que se deve vislumbrar é aquele que atinge a pessoa nos seus bens mais importantes, integrantes do seu patrimônio subjetivo.”⁸³

O dano moral, portanto, visa tutelar o patrimônio de suma importância para o ser humano, que é o patrimônio subjetivo, ou seja, os seus direitos de personalidade.

3.2 Deveres da entidade familiar

A entidade familiar, conforme estabelecido de maneira não taxativa no art. 226 § 3º e 4º da Constituição Federal, é qualquer espécie de união formada com o intuito de constituir família.

Entende-se que os deveres da entidade familiar deverão ser exercidos em conjunto com o Estado e a sociedade. Ou seja, é um dever compartilhado, conforme desprende-se dos artigos 226 e 227 da Carta Magna. Deste modo, o poder familiar nada mais é que o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação aos filhos, pressupondo a sua proteção.

“Modernamente o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto eminentemente de caráter protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público. Interessam ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade da nação. Desse modo, o poder familiar nada

⁸³ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1683.

mais é do que um *munus* público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, § 7º, da Constituição Federal.”⁸⁴

A confluência de deveres atinentes ao Estado, à sociedade e à família, independente da sua conformação, resulta na Doutrina da proteção integral, inerente ao Direito da Criança e do Adolescente.

O poder familiar é irrenunciável, ou seja, não poderão os pais por mera liberalidade abrir mão do dever a eles conferidos pelo Estado. Será também indelegável, já que só poderá ser transferido a outrem quando feito por via judicial. O simples fato de não exercer os deveres do poder familiar não implica na prescrição do mesmo, no qual os titulares desse dever só poderão perdê-lo conforme os casos expressos em lei.

Dentre os deveres da entidade familiar, destaca-se o de dirigir aos filhos menores a sua criação e educação (artigo 1.634, I do Código Civil). Deste modo, devem os pais garantir a educação tanto a escolar, quanto a moral, política, profissional e cívica de seus filhos de modo que estes possam vir a se tornar adultos viáveis. Quanto aos deveres de quem detém o poder familiar, comenta Giselda Maria:

“O dever de sustento tem cariz notadamente patrimonial e se cumpre com a colocação de meios condizentes com a necessidade dos filhos à disposição destes, por parte dos pais. Importante ressaltar, aqui, que o dever de sustento não guarda relação direta com a possibilidade dos devedores, nem com o grau de necessidade dos credores. Bem por isso, e mesmo que o genitor guardião consiga sozinho manter o sustento dos filhos, eliminando, desta forma, a necessidade de alimentos, ainda assim não desaparecerá o dever de sustento por parte do genitor não-guardião, o qual deverá, em princípio, contribuir para este sustento, na meaça das despesas. Todavia, se sua condição econômico-financeira não o permitir, será necessário que o sustento dos filhos sofra alguma espécie de restrição, adequando-se às possibilidades dos genitores. O descumprimento do dever de sustento dos filhos menores implica em mora, podendo até mesmo configurar a hipótese de prisão civil permitida pela

⁸⁴ Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 413.

Constituição Federal e corroborada pelo Pacto de San Jose da Costa Rica.⁸⁵”

Primeiramente, se fala do dever com intuito patrimonial ou alimentício, o qual o genitor, seja ele detentor ou não da guarda do filho não poderá se eximir. Neste mesmo parâmetro continua ao mencionar o dever de guarda que corresponde à manutenção dos filhos em companhia dos pais:

“Quanto ao dever de guarda, diz ele respeito à manutenção dos filhos em companhia dos pais, ou de pelo menos um deles, salvo se algum fato indicar que, no melhor interesse das crianças, devam ser elas afastadas da convivência diuturna com seus genitores, entregando-as à custódia de um terceiro que seja afetivamente próximo das crianças, guardando para com elas uma relação prévia de afinidade⁷. O dever de guarda, não obstante, é uma decorrência natural do poder familiar, daí porque incumba aos pais, primordialmente, este direito-dever. Na hipótese de desunião dos pais, caberá ao genitor não-guardião, então, o direito de visitas a respeito do qual se falará mais adiante.⁸⁶”

Urge mencionar que quanto ao dever de guarda, como mencionado no trecho acima, caso os pais não residam no mesmo local, ou não permaneçam mais casados, o genitor que não possui a guarda, poderá fazer uso do seu dever de guarda através do direito de visitação.

Após isso, vale ressaltar o dever a educação, seja moral, psicológica, escolar, ética etc:

“Por fim, o dever de educação da prole incumbe aos pais como forma de se garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os pais devem, assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana. O importante, segundo a psicologia, é que a criança possa receber uma educação condigna e receba a noção de autoridade, por meio da imposição de limites já no seio familiar, sob pena de um desajustamento e uma inadequação social posterior, quando o grupo familiar, por si só, já não se fizer presente, ou não se puder fazer ativo na proteção da pessoa do filho. Por óbvio, não é obrigatório que a função paterna (o nome-do-pai lacaniano) e a função materna (maternagem)

⁸⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Jus News*. Disponível em http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40 Acesso em 9 set 2013

⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Jus News*. Disponível em http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40 Acesso em 9 set 2013

sejam desempenhadas exclusivamente pelo pai e pela mãe, de forma respectiva. Com efeito, pode bem ser que ambos desempenhem ambas as funções ou que um só deles desempenhe ambas as funções ou ainda, que terceiro desempenhem estas mesmas funções, como é o caso de um tio, um avô, uma avó, uma irmã etc.⁸⁷”

Esse dever é de suma importância, e sua desobediência gera o crime de abandono material previsto no artigo 244 do Código Penal⁸⁸, ou de abandono intelectual, caso não lhe seja provida a devida educação até o ensino fundamental (art. 246 do Código Penal), além da possibilidade da perda do poder familiar.

Ainda assim, nem mesmo a perda do poder familiar irá fazer com que os pais fiquem desobrigados de sustentar seus filhos. Isso deve ao fato de que ninguém poderá se beneficiar da própria torpeza, no qual o genitor relapso seria o único beneficiado com a exoneração da obrigação⁸⁹.

Encontra-se, também, disposto no art. 1634, II do Código Civil, o dever de ter o menor na companhia e guarda dos pais. Entende Pontes de Miranda que esse dever é um requisito do contido no inciso I do mesmo artigo, em que não poderia o responsável promover a educação de seus filhos sem que eles residam na mesma casa. Bem complementa o disposto por Carlos Roberto Gonçalves:

“Sendo o pai responsável pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor (CC, art. 934, I), o direito de guarda é indispensável para que possa exercer sobre ele a necessária vigilância. Como ambos os pais exercem o poder familiar, pode-se afirmar que a presunção de responsabilidade, neste caso, resulta antes da guarda que do poder familiar. Tem a jurisprudência, com efeito, proclamado que, se sob a guarda e em companhia da mãe se encontra o filho, por força da separação judicial ou divórcio, responde esta, e não terceiros por aquele, pois tinha a obrigação de vigiá-lo.⁹⁰”

⁸⁷ Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Jus News*. Disponível em http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40 Acesso em 9 set 2013

⁸⁸ BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 07 dez 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao>

⁸⁹ Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 418.

⁹⁰ Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 420.

O dever-direito dos pais em dar anuência ou negar o consentimento para que os filhos se casem, disposto no inciso III, é mitigado pelo disposto no artigo 1.525, II do Código Civil. Também é elencado no referido artigo o direito de nomear tutor aos filhos por testamento ou documento autêntico no caso de nenhum outro pai lhe sobreviver. Entretanto, só se justificará caso o outro cônjuge que também é titular do poder familiar não puder por algum motivo exercer o poder familiar.

A representação do menor até seus 16 anos, bem como, sua assistência após essa idade nos atos em que forem parte é consequência da incapacidade civil do menor. A incapacidade será suprida tanto pela representação quanto pela assistência com esta se limitando até o momento em que o interesse dos pais colidirem com o dos filhos, situação em que será nomeado, à requerimento do Ministério Público, um curador especial.

Será dever-direito, também, dos pais a reclamação dos filhos frente a quem ilegalmente os detenha.

Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios da sua idade deverá ser observado, neste caso, as limitações dadas pela legislação. Como por exemplo, as limitações em relação ao trabalho infantil. Não é porque aos pais incube o direito de exigir serviço dos filhos que deverá ser exigido de forma imoderada sem os devidos cuidados que se deve ter em relação a uma criança ou adolescente. Sobrevêm, as regulamentações que compatibilizam a vulnerabilidade do menor em contrapartida do poder dos responsáveis.

É além de direito do menor, dever dos pais de proteger seus filhos sob as demandas materiais e emocionais, moral, social etc. É o que se desprende do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹¹:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim

⁹¹ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao>

de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”

Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka complementa o nosso entendimento ao afirmar que “o mesmo Estatuto, adiante, nos seus arts. 19 e 20, reafirmam o direito da criança e do adolescente a ‘ser criado e educado no seio de sua família’, imputando aos pais ‘o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores’”⁹².

Entende-se, portanto, que é dever dos pais, em conjunto, proverem a criança e ao adolescente proteção, educação e garantia de um desenvolvimento amparado pelo afeto e participação de seus genitores, é o que estabelece o defensor público Adilto Luiz Dall’Oglio Júnior ao dissertar sobre a teoria do desamor:

“Como forma de se proteger aqueles que não gozam de maturidade suficiente para fazê-los por si próprios, prevê o Código Civil o instituto do poder familiar, cujo exercício cabe aos pais. Assim, o instituto ora sob análise congrega, mais do que direitos dos pais em relação aos filhos, deveres daqueles para com estes, sempre com vistas à proteção dos mesmos.”⁹³

Complementa ele ao dispor sobre o artigo 1634, I do Código Civil que estabelece aos pais dirigir aos filhos criação e educação:

“Nessa esteira, prevê o artigo 1.634, inciso I do Código de Civil que compete aos pais, em relação à pessoa dos filhos, ‘dirigir-lhes a criação e educação’. Vê-se, portanto, que o legislador pátrio, sabedor da tendência repersonalizadora do Estatuto civil, previu como primeiro dever dos pais no exercício do poder familiar a obrigação de dirigir a criação e educação de seus filhos. Ora, no que tange especificamente ao dever de direção da criação de seus descendentes de primeiro grau resta ao genitor prover-lhes não só suas necessidades materiais, obrigação essa que pode ser suprimento para sua formação, conferindo ao petiz o arcabouço psicológico necessário para o enfrentamento das situações cotidianas que se lhe apresentarão no futuro, com as

⁹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br>. Acessado em 26 de ago de 2013.

⁹³ JÚNIOR, Adilto Luiz Dall’Oglio. *Teoria do Desamor: A responsabilidade do abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em: http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Teoria_do_desamor1.pdf. Acesso em 01 set 2013.

quais poderá tornar-se um adulto sem traumas e inteiramente apto à construção de uma família também embasada no afeto⁹⁴.”

Conforme o que foi explicitado, a formação psicológica e social da criança que é considerada ainda como um ser em desenvolvimento, é obrigação, responsabilidade, ou seja, um dever dos pais. Independe da discricionariedade paterna ou materna a participação ou não do desenvolvimento de seus filhos.

Com isso, traduz-se inegável a obrigação paterna para com o filho de ser presente no que condiz com o seu desenvolvimento para que ele cresça com noções de afeto e futuramente forme uma nova família.

3.3 Responsabilidade civil aplicada às relações familiares

Baseia-se a obrigação de indenizar os filhos por abandono afetivos dos pais, principalmente na dignidade da pessoa humana. Ora, a criança deverá ser vista como sujeito de direitos, devendo ser os seus interesses respeitados. O antigo entendimento de que a criança deve calar-se e obedecer tomou lugar ao entendimento de que seus sentimentos e interesses tanto têm importância, quanto os de qualquer outro adulto. É o que preconiza Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka ao afirmar:

“A criança, apesar de seu estado de extrema e concreta dependência, é um ser humano como qualquer outro, é um ser desejante e emotivo como qualquer outro, que sente dor diante da crueldade alheia e revolta por não lhe ser concedida a liberdade que é capaz de administrar sozinha. E é por ser dotada desse desejo e dessa necessidade que a criança, enfim, é dotada de dignidade e assim deve ser respeitada. Não respeitar essas necessidades e negar a relevância do desejo é tratar a criança como coisa, é efetivamente ser violento com ela, o que afasta, em definitivo, qualquer relação ética com a criança.

[...]

As relações de família, já que se dão no interior de uma sociedade, tendem a atravessar constantemente essa tensão que ora distancia, ora aproxima, as relações de poder e as relações de afeto. Consideremos que a relação em família não precise ser

⁹⁴ JÚNIOR, Adilto Luiz Dall'Oglio. *Teoria do Desamor: A responsabilidade do abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em: http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Teoria_do_desamor1.pdf. Acesso em 01 set 2013.

uma relação de poder, ainda que haja quem considere isso impossível. Mas se ela não é uma relação de poder, ou de dominação, o que ela é ou pode ser? Somente uma relação afetiva. Isso, para o que entendemos por família, faz sentido, mas a concorrência entre afeto e interesses familiares não é tão evidente quanto deveria, o que exige, do civilista que se dedica hoje ao tema das relações de família, uma atenção especial à condição dessas pequenas sociedades como ligações mantidas nuclearmente pelo afeto.

Conceber as famílias como associações determinadas pelo afeto significa necessariamente recusar que sejam determinadas por uma relação de dominação ou poder.^{95,,}

Ora, nada mais justo observar os interesses psicológicos, sociais, afetivos, bem como os materiais da criança e fazê-lo ser estimado. Está superado o paralelismo entre filhos e pais e entre Deus e criatura no qual, por um ser criação do outro, lhes são como objetos. Hoje, com a evolução da noção de família, suas conjecturas estão baseadas bem além da dominação e da subordinação. Estão elas baseadas no afeto.

Como bem pontua Maria Berenice Dias, há uma tendência na atualidade de se ampliar o campo da responsabilidade civil, onde o elemento principiológico da reparação não mais é somente o fato ilícito, mas também o dano injusto⁹⁶. Complementa ela:

“A busca de indenização por dano moral transformou-se na panacéia para todos os males. Visualiza-se abalo moral diante de qualquer fato que possa gerar algum desconforto, aflição, apreensão ou dissabor. Claro que essa tendência acabou se alastrando até as relações familiares, na tentativa de migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para o âmbito dos vínculos afetivos. Olvida-se, no entanto, que o direito das famílias é o único campo do direito privado cujo objeto não é a vontade, é o **afeto**. Como diz João Batista Vilela, o amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos.^{97,,}

O afeto, como premissa do Direito de Família, é o que se baseia a responsabilidade civil nas relações familiares. Assim entende Sergio Rezende de Barros que “o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É um

⁹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br>. Acessado em 01 set 2013.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123-124.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123-124.

sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum.”⁹⁸

Imprescindível para o crescimento da pessoa humana dignamente é o cuidado e o afeto por parte de seus genitores. Compreende deste modo Rodrigo Pereira da Cunha:

“Qualquer pessoa, qualquer criança, para estruturar-se como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa ‘afeição por alguém’, ‘dedicado’. Afeiçoar quer dizer também ‘instruir, educar, formar’, ‘dar feição, forma ou figura’. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas uma ação, que não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. Ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, está-se objetivando o afeto e tirando-o do campo da subjetividade apenas. Nessas situações, é possível até presumir a presença do sentimento de afeto. Obviamente que pressupõe, e tem também como elemento intrínseco, a imposição de limites. A ausência deste sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutas paternas/maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento.[...]”

À norma jurídica, obviamente, deve corresponder uma sanção, sob pena de se tornar mera regra ou princípio moral. Por isto a necessidade de responsabilização dos pais pelo não cuidado e principalmente pelo abandono dos filhos.⁹⁹ (grifo nosso)

Muito sabiamente ele mencionou a sanção em relação ao descumprimento da norma jurídica como uma maneira de afastá-la do dever moral e aproximá-la à um dever jurídico, previamente cominado em lei. Complementou ele ainda, ao mencionar a responsabilidade como a essência do afeto e do cuidado, citando Kant: “Aquilo que eu reconheço imediatamente como lei para mim, reconheço como um sentimento de respeito que não significa senão a consciência da subordinação da minha vontade a uma lei, sem intervenção de outras influencias sobre a minha sensibilidade¹⁰⁰”.

⁹⁸ Barros, Sérgio Rezende de. *A ideologia do afeto*. Disponível em <<http://www.srbarros.com.br>>. acessado em 26 de ago de 2013

⁹⁹ CUNHA, Rodrigo Pereira da. *Filhos do pai, filhos da mãe e o abandono afetivo* – a responsabilidade parental. Disponível em: <http://www.rodrigodacunhaadv.br>. Acessado em 15 de abril de 2013.

¹⁰⁰ CUNHA, Rodrigo Pereira da. *Filhos do pai, filhos da mãe e o abandono afetivo* – a responsabilidade parental. Disponível em: <http://www.rodrigodacunhaadv.br>. Acessado em 15 de abril de 2013.

Com a evolução da concepção de família, se superou hoje a família essencialmente patriarcal. O afeto é o que une a família moderna. Existem famílias onde não há nem pai, nem mãe. Famílias que são compostas só por filhos e avós. Entende-se hoje, que o principal mecanismo de fundição da família é o afeto, é o amor. Neste sentido comenta Sérgio Rezende de Barros: “Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica não tenha sido assim”.¹⁰¹

O intuito da responsabilidade civil é a indenização pelo dano causado à vítima. Porém, nas relações de família este termo nos parece equivocado, já que o dano não desaparecerá com o pagamento da verba indenizatória. O dano estará presente independente ou não do valor que será arbitrado. O montante terá caráter compensatório, tal como pedagógico, de modo a chamar atenção da sociedade a respeito da importância de participar e contribuir com o crescimento da criança.

O tema é muito delicado, de modo que se deve tomar cuidado para que não haja a monetarização do afeto. Correntes doutrinárias que abominam este aspecto defendem que o amor não se paga, não se compra. Entretanto, o intuito é claramente o oposto. Busca-se a responsabilização do genitor abandonico pelos danos causados em seu filho que, obviamente, nada poderia fazer para evitá-lo. Dever seria do pai de evitar os danos psicológicos, sociais etc. Suplementar a essa ideia, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, adverte:

“Os avanços ou as adaptações percebidos, portanto, não podem ser olvidados ou relegados, sob pena de retrocesso. Mas, certamente, também não se podem tornar instrumento nefasto às relações familiares sob o pretexto da penalização do pai que abandona o filho, o que ocasionaria – tal qual o tiro que sai pela culatra – a impossibilidade completa de restabelecimento dessas relações.

O risco de o abandono afetivo transforma-se em carro-chefe de uma indústria indenizatória do afeto certamente existe, mas o Poder Judiciário pode evitá-lo, desde que, a cada caso concreto, se fizer a necessária análise ética das circunstâncias envolvidas, a fim de verificar-se a efetiva presença de danos causados ao filho

¹⁰¹ BARROS, Sérgio Rezende de. *A ideologia do afeto*. Disponível em <<http://www.srbarros.com.br>>. acessado em 26 de ago de 2013.

pelo abandono afetivo paterno ou materno. Afinal, o perigo de banalizar-se a indenização reside em não se compreender, exatamente, na exposição concreta de cada pretensão, o verdadeiro significado da noção de abandono afetivo, o verdadeiro substrato do pedido judicial em questão.¹⁰²,

Muitas vezes essas ações são propostas com o único intuito: dessas crianças abandonadas afetivamente serem ouvidas pelos genitores. Uma última tentativa, talvez de demonstrar a falta que eles fizeram em seu desenvolvimento.

Consoante a isso, entende-se que os pais têm o direito, bem como a obrigação de criar e participar na educação moral, psicológica, ética, afetiva e suplementarmente com a educação da escola, ajudar no que lhe couber com os estudos. É o entendimento:

“Nessa vereda, se os pais têm o dever de criar seus filhos, repita-se, física e moralmente, e não fazem, devem receber a devida sanção decorrente do ordenamento jurídico. Se a pessoa desenvolve problemas psicológicos, advindos da negação do afeto necessário para sua plena e satisfatória formação, é curial que os responsáveis por tal dano sejam responsabilizados.

Ademais, não há de duvidar que a existência de transtornos psicológicos, como por exemplo, a baixa autoestima, sentimento de inferioridade, agressividade desmedida, problemas de socialização etc., além de causarem enorme sofrimento naqueles que a contemplam, são inteiramente aptos a lesionar a esfera personalíssima da pessoa, ou seja, seus direitos da personalidade, dentre os quais a honra, objetiva e subjetiva e sua imagem.

Havendo, portanto, por ato omissivo, a transgressão a um dever legal, com a consequente existência do dano, aliados à existência do nexo de causalidade, inconcebível se apresenta o afastamento do dever de reparação¹⁰³”

Nota-se, portanto, que a responsabilização paterna por abandono afetivo do filho é instituto muito concreto e de necessária aplicação. Deve-se respeitar, a priori, a dignidade da pessoa humana do filho e o entendê-lo como um sujeito de direitos em pleno desenvolvimento, onde isso se torna mais importante do que a discricionariedade do pai em participar e

¹⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br>. Acessado em 26 de ago de 2013.

¹⁰³ JÚNIOR, Adilto Luiz Dall’Oglio. *Teoria do desamor*: a reparabilidade do abandono afetivo paterno-filial. Disponível em http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Teoria_do_desamor1.pdf. Acesso em 01 set 2013.

acompanhar o crescimento do filho. Complementa este entendimento o trecho:

“A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar. É evidente que a separação dos pais não permitirá a quem não detém a guarda o estabelecimento de convivência freqüente, ou mesmo intensa. Por este motivo é que efetivamente não se mostra razoável, em princípio e em linhas gerais, considerar que todo pai ou mãe que se separa e deixa o filho com o outro genitor deva pagar ao filho indenização de dano moral. Mas nem por isso poderá ir ao outro extremo e negar a ocorrência de dano moral se o pai ou a mãe, tendo condições materiais e intelectuais, se abstém completamente de estabelecer relacionamento afetivo ou de convivência, ainda que mínimo, com seu filho, como se não houvesse um vínculo de parentesco, que no âmbito jurídico se expressa também como companhia, transcendendo assim a dimensão estritamente material.

[...] pode-se extrair que a dignidade da pessoa não pode ficar a mercê da existência ou não de afeto por parte dos seus genitores. Ou seja, a criação dos filhos, neste dever inserida a sua formação psicológica, não pode depender das nobres intenções do pai ou da mãe, posto que se detém eles o poder familiar de seus filhos, devem conferir aos mesmos todo o necessário a seu pleno desenvolvimento, material e psicológico e afetivo.¹⁰⁴”

Inegável é a obrigação do pai, bem como da mãe, no que tange a educação para um desenvolvimento saudável de seus filhos. Insta a eles entender que seus filhos como crianças carecem de atenção e acompanhamento, devendo eles serem responsabilizados no caso de se tornarem omissos quanto a esse dever.

3.4 Caráter pedagógico da responsabilidade civil

A responsabilidade civil, ao ser aplicada no caso concreto, desempenha três funções básicas: ressarcir/reparar/compensar o dano, punir o ofensor e o caráter pedagógico de forma a desestimular a sociedade a realizar o ato danoso.

¹⁰⁴ JÚNIOR, Adilto Luiz Dall'Oglio. *Teoria do desamor: a reparabilidade do abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Teoria_do_desamor1.pdf. Acesso em 01 set 2013.

Para a vítima do dano em si, o função de reparar visa à compensação monetária de modo a lhe proporcionar satisfação e ressarcir a injusta agressão por ela sofrida. Tem-se inclusive a tentativa de se retornar ao *status quo ante*, de modo a compensar financeiramente a dor por ela sofrida.

Já para o agressor, a função punitiva teria caráter pedagógico de modo a desestimular a prática por outras pessoas, bem como para o próprio agressor que futuramente teria mais prudência para com seus atos. Aqui afasta-se qualquer significado de punição que possa remeter a vingança. A punição teria aplicação social de modo a servir de modelo ao que não se deverá repetir.

Quanto ao caráter pedagógico, “a condenação deveria servir como medida educativa para o conjunto da sociedade que, cientificada de que determinados comportamentos são eficazmente reprimidos pelo judiciário, tenderia a ter maior respeito aos direitos personalíssimos do indivíduo.”¹⁰⁵

Ao se aplicar a indenização moral por abandono afetivo, além da tentativa de restabelecer uma relação pai-filho, o caráter pedagógico se faz mister, de modo a desestimular atitudes abandonicas perante a sociedade. Deve-se, porém ser respeitado o verdadeiro intuito da instituição, não aplicando a responsabilização por mera vingança, é o que pondera Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

“Desse modo, a indenização por abandono afetivo, se for utilizada com parcimônia e bom senso, sem ser transformada em verdadeiro atlas de vaidades e vinganças ou em fonte de lucro fácil, poderá converter-se em instrumento de extrema importância para a configuração de um Direito de Família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar, inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.”¹⁰⁶

Muito se questiona quanto à possibilidade da aplicação do caráter pedagógico que dissuade atitudes de abandono. Isso porque a tendência é somente o reconhecimento da natureza compensatória da vítima.

¹⁰⁵ MELO, Nehemias Domingos de. Por uma nova teoria da reparação por danos morais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 685, 21 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6749>>. Acesso em: 1 set. 2013.

¹⁰⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em 26 de ago de 2013.

Nos Estados Unidos, por exemplo, “há muito se reconhece tal função, de modo não só a compensar a vítima pelo abalo psíquico que sofreu, mas também desestimular o causador a manter o tipo de postura desleal, punindo-o em quantia superior ao necessário para o ressarcimento do dano¹⁰⁷”. Esse é o chamado *punitive damages*, no qual aplicação da indenização com caráter pedagógico e dissuasório muito supera o caráter de mera punição ao ofensor.

Ora, a função pedagógica da responsabilidade civil já é reconhecida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em razão da necessidade de se considerar sua importância para a aplicação do instituto:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ATOS DOLOSOS. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO DA REPARAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO INDEXADOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 475-J DO CPC. VIOLAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado. 2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação. 3. Nesse contexto, mostra-se adequada a fixação pelas instâncias ordinárias da reparação em 950 salários mínimos, a serem rateados entre os autores, não sendo necessária a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais, salvo quanto à indexação. 4. É necessário alterar-se o valor da reparação apenas quanto à vedada utilização do salário mínimo como indexador do quantum devido (CF, art. 7º, IV, parte final). Precedentes. 5. A multa do art. 475-J do CPC só pode ter lugar após a prévia intimação do devedor, pessoalmente ou por intermédio de seu advogado, para o pagamento do montante indenizatório. Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente provido.¹⁰⁸”

A esta função, portanto, está ligada a responsabilidade civil por abandono afetivo. Muito além da compensação monetária pela ausência

¹⁰⁷ ALVARENGA, Leo Junqueira Ribeiro de. O Brasil reconhece a função pedagógica do dano moral? . In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7588 >. Acesso em 01 set 2013.

¹⁰⁸ BRASIL, STJ. Quarta Turma, REsp 201103000333, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 28 maio 2012, Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

durante o crescimento da criança, está a importância desse entendimento servir como exemplo para a sociedade. Exemplo, claro, de como não se deve proceder perante alguém tão dependente emocionalmente dos pais, como os filhos ainda em desenvolvimento.

4 ANÁLISE DE JULGAMENTOS SOBRE ABANDONO AFETIVO

4.1 Primeiro caso julgado pelo STJ

O caso a ser relatado foi o julgado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e é o primeiro sobre o tema de indenização pelo abandono afetivo a chegar no Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se, inicialmente, de ação de indenização proposta no por um menor, representado pela sua mãe, contra seu pai, pleiteando a devida responsabilização por danos morais em decorrência do abandono afetivo sofrido pelo menor.

Ocorre que o autor, nascido em 1981, tinha uma relação com seu pai, até então casado com a sua mãe. Porém, no ano de 1987 o pai do autor se separou de sua mãe, situação que dificultou o seu convívio com o filho. Na mesma época, o réu casou-se novamente e fruto desse novo relacionamento nasceu uma menina, meia-irmã do autor.

Relata o autor que não teve oportunidade de conhecer e conviver com a meia-irmã. Ainda, várias tentativas de reaproximação do filho com o pai foram por ele ignoradas, causando imenso sofrimento e humilhação ao autor.

Muito embora, o pai do autor nunca o tenha deixado desamparado financeiramente por meio do pagamento da pensão alimentícia, o menor carecia do aspecto afetivo, o qual o pai não fez cumprir seu dever de amparo para com o filho.

Por outro lado, o pai afirma que a demanda é consequência do inconformismo da mãe do autor “com a propositura de ação revisional de alimentos, na qual pretende a redução da verba alimentar.”¹⁰⁹ Afirma ainda que até 1989 visitou regularmente o filho, situação a qual por motivo de diversas viagens de trabalho dificultou a frequência dos encontros. Salienta,

¹⁰⁹ BRASIL, STJ. Quarta Turma, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29 nov. 2005, Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

ainda, que sempre participou das vitórias do filho com incentivos via telefone, não ocorrendo qualquer ato ilícito.

Em primeira instância a ação foi julgada improcedente ao fundamento que “inexiste nexó causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor.”¹¹⁰

O autor, porém, apelou da sentença e teve seu recurso provido. O Juiz Unias Silva motivou a decisão dizendo:

“A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.”¹¹¹

Aqui, como dito, o juiz fez questão de enfatizar que viu-se transgredido os direitos de personalidades de suma importância para o desenvolvimento de uma pessoa, o que dirá, como no caso, de uma criança ainda em pleno crescimento psicológico e social.

“No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue.

[...]

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no

dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento

humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.”¹¹²

¹¹⁰ TJMG. 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 2.0000.00.408550 - 5/000(1). Rel. Unias Silva, julgado em 01 abr. 2004. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp.

¹¹¹ TJMG. 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 2.0000.00.408550 - 5/000(1). Rel. Unias Silva, julgado em 01 abr. 2004. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp.

¹¹² TJMG. 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 2.0000.00.408550 - 5/000(1). Rel. Unias Silva, julgado em 01 abr. 2004. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp.

Ora, a família, como explicitado no presente trabalho, teve seu desenvolvimento conceitual pós moderno com gênese na religião, depois passou a ser essencialmente patrimonialista e hoje mostra-se com o seu pilar no afeto. Ou seja, os deveres familiares não se baseiam mais exclusivamente nos deveres patrimoniais ou alimentares. E é nisso que o juiz se alicerça.

Porém, inconformado com a decisão, o pai do autor recorreu ao Superior Tribunal de Justiça. “Aduz não estarem presentes na hipótese os elementos constitutivos do ato ilícito de modo a embasar uma condenação. Afirmo que as dificuldades oriundas de uma separação e da atividade profissional do pai são fatos normais da vida, não havendo que se falar em dolo ou culpa.”¹¹³

Em contrarrazões o filho afirmou ser irretocável a decisão objeto de recurso.

O Ministro Fernando Gonçalves, relator do processo, pontua dizendo ser essa questão muito nova no Direito Brasileiro e argumenta:

“No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.”¹¹⁴

¹¹³ BRASIL, STJ. Quarta Turma, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29 nov. 2005, Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

¹¹⁴ BRASIL, STJ. Quarta Turma, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29 nov. 2005, Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>

Ele complementa explicitando uma das questões mais delicadas em relação a aplicação da indenização no abandono afetivo, que é o possível restabelecimento da relação entre pai e filho:

“Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos [...]

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.¹¹⁵”

O Ministro Aldir Passarinho Júnior manifesta-se de acordo com o voto do Ministro Relator complementando que entende que a questão nas relações de família em geral resolve-se exclusivamente no campo do Direito de Família. Afirma ainda que o caráter punitivo e dissuasório nestes casos é aplicado apenas com a perda do pátrio poder.

O Ministro Cesar Asfor Rocha expôs o entendimento de que o “Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente – ou no mínimo – mas fortemente – a outras ramificações do Direito.”¹¹⁶ Diz ele que as relações familiares não podem seguir o mesmo caminho do Direito das Obrigações, a qual trata do elemento patrimonial. Votou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Acompanhando esses entendimentos também votou pelo conhecimento e provimento do recurso o ministro Jorge Scartezini.

Diversamente do exposto pelos votos dos Ministros mencionados, posicionou o Ministro Barros Monteiro:

¹¹⁵ BRASIL, STJ. Quarta Turma, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29 nov. 2005, Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>

¹¹⁶ BRASIL, STJ. Quarta Turma, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29 nov. 2005, Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>

“Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo.

Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o quantum devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso.

Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual.

Por essas razões, rogando vênha mais uma vez, não conheço do recurso especial.¹¹⁷”

Este é o resumo do ocorrido no Recurso Especial 757.411 oriundo do estado de Minas Gerais.

Ao se analisar o caso supramencionado, tem-se como primeira impressão a relutância de se inserir novos entendimentos na jurisprudência brasileira. Negar isso seria o mesmo negar que a sociedade está em constante mutação. Seria desconsiderar as modificações dos valores sociais, éticos e, principalmente, jurídicos. O Direito, independente de qual ramo se esteja abordando, não pode ser considerado como um ordenamento de concepções imutáveis e engessadas. Até mesmo as leis positivadas podem ter sua aplicação modificada através de uma nova interpretação com a evolução do pensamento da sociedade que ela permeia.

“Quando se fala em mudança do Direito, tanto material quanto instrumental, está se falando no movimento socializador do Direito e, antes de tudo, em uma ‘recentralização das relações jurídicas mais em torno da pessoa (em seu sentido concreto e pleno) e menos ao redor do patrimônio em si mesmo’.¹¹⁸”

As alterações no ordenamento jurídico devem acompanhar as modificações ocorridas no mundo fático, sob pena da justiça ser considerada injusta, não fazendo jus a sua principal função. “O direito, assim, deve apenas traduzir a realidade fática, sob pena de reduzir-se a um mero

¹¹⁷ BRASIL, STJ. Quarta Turma, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29 nov. 2005, Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

¹¹⁸ LEVY, Laura Afonso da Costa. *Família Constitucional, sob um olhar da afetividade*. 2010. Disponível em <http://www.webartigos.com.br/artigos/familia-constitucional-sob-um-olhar-da-afetividade/32467/> Acesso em 7 de setembro de 2013.

tecnicismo vazio.¹¹⁹” As mudanças legislativas e os entendimentos jurisprudenciais devem seguir os mesmos caminhos das evoluções sociais.

Inegável que o abandono afetivo configurado pela “omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo¹²⁰” está cada vez mais presente na nossa atual sociedade de ligeiras mutações e relacionamentos volúveis. Deve-se, com isso, agregá-lo às possibilidades de aplicação da responsabilização civil.

Da mesma forma, a justificativa de que ninguém está obrigado a amar não chega a convencer o leigo, quiçá o estudioso do ramo do Direito das Famílias que se mostra como pilar nas relações, sejam elas primeiramente sanguíneas, e por conseguinte, originárias no afeto. Complementa Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

“A relação paterno-filial não é marcada pela transitoriedade – como, de resto, é a característica intrínseca das relações de conjugalidade, entre as quais se incluem tanto as relações derivadas do casamento quanto as derivadas da união estável. O fato de ser a relação paterno-filial inamovível e perpétua lhe confere um traço ímpar, distinto de tudo o mais que se queira apreciar, em paralelo ou em comparação, na esfera do Direito de Família, ou no núcleo familiar. Esse traço diferencial, associado ao fato de não existir qualquer outra relação humana com maior potencialidade afetiva do que esta – natural e atávica –, é, provavelmente, o embrião do que se possa querer entender por direito ao pai.

A essas grandes, instigantes e desconfortáveis questões somam-se, certamente, outras que devem ser igualmente levadas em consideração, como – as mais comuns delas – alguém está obrigado a amar ou o desamor tem preço? Certamente, são perguntas de muito simples respostas, pois é certo que não se pode obrigar ninguém ao cumprimento do direito ao afeto, mas é verdade também que, se esse direito for maculado – desde que sejam respeitados certos pressupostos essenciais – seu titular pode sofrer as consequências do abandono afetivo e, por isso, poderá vir a lamentar-se em juízo, desde que a ausência ou omissão paternas tenham-lhe causado repercussões prejudiciais, ou negativas, em sua esfera pessoal – material e psicológica –,

¹¹⁹ LEVY, Laura Afonso da Costa. *Família Constitucional, sob um olhar da afetividade*. 2010. Disponível em <http://www.webartigos.com.br/artigos/familia-constitucional-sob-um-olhar-da-afetividade/32467/> Acesso em 7 de setembro de 2013.

¹²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Jus News*. Disponível em http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40 Acesso em 9 set 2013

repercussões estas que passam a ser consideradas, hoje em dia, como juridicamente relevantes.¹²¹”

Obviamente ninguém está obrigado a amar. Porém, se o desamor ou a negativa do dever paterno vier a causar algum dano psicológico ao filho, deverá ele ser indenizado de acordo com o dano sofrido.

O dever ao afeto se manifesta de tal modo a, como já mencionado anteriormente, ir além do sentimento. O dever ao afeto está intrínseco a uma idéia de ação, a qual o pai deverá acompanhar o crescimento e desenvolvimento do filho.

No caso em comento, “claramente aquele filho ressentiu-se da ausência paterna. Havia falhas, em sua vida, que lhe causaram muita dor e aflição, que resultaram, é seguro, da extraordinária e quase inexplicável negativa de seu pai para estar ao seu lado.¹²²” As dores sofridas pelo filho abandonado vão muito além de apenas desprazeres da vida cotidiana. Lhe foi negado um direito de personalidade.

Insta mencionar que o abandono afetivo não está circunscrito tão somente ao mero fato de vivenciar algum sentimento de amor pela prole. Está adjeto a um mínimo de afeição para que sejam adimplidos os deveres paternos para com seus filhos.

É sabido que o afeto não é passível de coerção. E o ponto não chega a ser tão simplista assim.

É fato de que existe a obrigação de convivência entre os pais e filhos, bem como o dever de acompanhar e participar de seu pleno desenvolvimento psíquico. E é neste ponto que o abandono afetivo se debruça. Sobre o dano sofrido:

“O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto

¹²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br>. Acessado em 26 de ago de 2013.

¹²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br>. Acessado em 26 de ago de 2013.

pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.¹²³”

Deve sempre, o aplicador do direito observar as particularidades de cada caso. E nesse ponto se reputa a culpa:

“Além da inquestionável concretização do dano como elemento da configuração de dever de indenizar, torna-se necessária a comprovação da culpa do genitor não-guardião, que deve ter se ocultado à convivência com o filho, e deliberadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente ou imprudente. Como o caso é de abandono afetivo, com a concomitante inobservância dos deveres de ordem imaterial atinentes ao poder familiar, expressão maior da relação paterno/materno-filial, configurar-se-á a culpa em sua modalidade omissiva.

Desta forma, na conduta omissiva do pai ou da mãe (não-guardião) estará presente a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar.¹²⁴”

Não se imputará a culpa nos casos, por exemplo, da não convivência com o filho pelo fato de ambos se domiciliarem em locais muito distantes, situação essa que impossibilite a convivência, ou seja, casos que fogem a alçada do foro íntimo do genitor.

Indispensável, também, se faz a comprovação do nexo de causalidade entre o abandono e o dano psicológico causado. Para isso é necessário

¹²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Jus News*. Disponível em http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40 Acesso em 9 set 2013

¹²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Jus News*. Disponível em http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40 Acesso em 9 set 2013

á constatação por perícia psicológica para que os danos sejam verificados.

Quanto à perícia:

“Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo, seja este abandono um abandono caracterizado pela ausência física do genitor, seja este abandono um abandono em modalidade presencial, com o mau exercício dos deveres decorrentes da paternidade, ainda que o convívio fosse diuturno¹²⁵”.

No referido caso em comento, encontram-se todos os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito praticado pelo abandono paterno, o dano psicológico sofrido pelo filho e o nexo de causalidade que liga o ato ao dano.

Ao cingir a responsabilidade por abandono afetivo apenas ao âmbito do Direito de Família resultando na perda do poder familiar, o Ministro Aldir Passarinho ignorou o fato de que para muitos pais com as referidas atitudes abandonônicas, isso seria um prêmio por seu comportamento de descaso em relação a sua prole.

Ora, para alguém que já se mantém afastado do filho e de seu dever de afeto e proteção, a perda do poder família, nada mais seria do que a corroboração, ou seja, a legalização da sua já manifesta atitude de desamparo.

Entende-se que para todo ato deva haver uma consequência, e o que se falar em atos claramente ilícitos que geram danos a seres humanos oriundos de seu sangue? Isso ocorre por uma explicação: “a importância da vontade e do querer adulto sempre foi significativamente mais importante que a necessidade e a carência infantil¹²⁶”.

Cumpre-nos ressaltar, mais uma vez, que a punição de “destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na

¹²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Jus News*. Disponível em http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40 Acesso em 9 set 2013

¹²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br>. Acessado em 26 de ago de 2013.

indenização por dano moral. A indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior ao atual¹²⁷.

4.2 Análise de caso semelhante no ano de 2012 conforme evolução jurisprudencial

Após 7 anos, muito se evoluiu na sociedade e no pensamento jurídico. Esse segundo caso será o Recurso Especial nº 1.159.242- SP, julgado no ano de 2012 no STJ. Muito semelhante com o caso anterior, este, porém, com diferente entendimento dos julgadores do caso.

O segundo caso a ser retratado diz respeito a uma menor que sofreu abandono material e afetivo durante o período de sua infância e juventude, mesmo seu pai se mostrando estável financeiramente.

O réu do processo fundamenta seu distanciamento na dificuldade e no comportamento agressivo da mãe da autora em relação ao réu.

No Direito de Família, entende serem complexos os fatores que permeiam as relações. São eles formados com uma grande carga de mágoas passadas, amores maus resolvidos, subjetivismos, ou seja, fatos que dificultam a análise do legislador no caso concreto. Contudo, essas peculiaridades características das relações familiares não devem desmerecer as demandas baseadas no abandono afetivo.

Neste interim, o juiz julgou improcedente o pedido pela autora alegando que o distanciamento deu-se, primordialmente, as atitudes agressivas da mãe da autora.

Após isso, a autora teve sua apelação provida com o reconhecimento do abandono afetivo e a fixação da compensação por danos morais no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

¹²⁷ BRASIL, STJ. Quarta Turma, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29 nov. 2005, Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

Deste modo o réu, pai da autora, recorreu ao STJ, razão pela qual o REsp está sendo analisado, afirmando que não abandonou a filha e que se assim tivesse procedido, sua única punição deveria ser a perda do poder familiar.

Este é o breve relato dos fatos ocorridos.

Primeiramente, muitos justificam a impossibilidade de aplicação da obrigação de indenizar nas relações familiares, pela existência de singularidade nessas relações. Entretanto, não há nenhuma restrição presente nas normas legais “à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.¹²⁸” Favorável à aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares, complementa a Ministra Relatora do caso em comento: “Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentre de um núcleo familiar em suas diversas formas.¹²⁹”

Complementando o seu entendimento, o Ministro Sidnei Beneti em seu voto comenta:

“A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta.

É que, reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei.

Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genérico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a

¹²⁸ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

¹²⁹ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos.¹³⁰”

A Ministra também ao se referir à perda do poder familiar como única medida punitiva cabível no caso:

“Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malculado recebido pelos filhos¹³¹.”

Percebe-se que, apenas nas primeiras laudas do voto da Ministra já se verifica a fragilidade dos argumentos utilizados no caso do pretérito. Ou seja, não há óbice legal à aplicação da indenização por abandono afetivo. Além do mais, aplicação da perda do poder familiar não extingue a possibilidade da indenização.

Neste caso, não se apresenta nenhum empecilho legal, para a aplicação da indenização. Ora, se há nitidamente a presença do dano psicológico, causado pelo abandono afetivo, bem como, o ato ilícito de descaso, com o não cumprimento dos deveres legais estabelecidos ao pai e o nexo de causalidade entre o ambos, por que não a aplicação do instituto?

Continuando o caso, segunda a Ministra, o vínculo entre os pais em relação aos seus deveres para com os filhos é o que deve ser buscado em caso de precariedade do sentimento entre ambos. Ou no caso do afeto que une o pai ao filho não baste para que ele exerça seu papel no desenvolvimento psico-social da criança, os deveres elencados no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente deverão ser utilizados para fazer valer esse direito da criança.

Quanto ao ato ilícito:

“Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de

¹³⁰ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

¹³¹ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie. Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.¹³²

Aqui entende-se que as necessidades da criança extrapola a necessidade pecuniária. Ela necessita de orientação psicológica, educação básica, noções de ética e moral, afeto entre outros.

“[...] o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.¹³³

Deste modo, Ministra elencou o cuidado como obrigação legal, o qual já estava disposto no nosso ordenamento, faltando, porém, uma visão vanguardista para que a disciplina fosse aplicada.

Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar¹³⁴

¹³² STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

¹³³ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

¹³⁴ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

Ao se legitimar a impossibilidade de responsabilização do genitor em razão da inviabilidade de se impor o amor entre os pais e filhos, encontra-se a solução alçando o cuidado como obrigação legal, tornando possível a responsabilidade por abandono afetivo sem maiores complicações. “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.”¹³⁵

“A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atingiu um bem jurídico tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.”¹³⁶

Após comprovado o ato ilícito é necessário a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre eles:

“Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal. Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.”¹³⁷

Da mesma forma, constatou-se com o caso mencionado no item anterior, que embora constatado o ato ilícito caracterizado pelo descuido do pai e o dano psicológico em decorrência do abandono afetivo, ele não foi agraciado com o mesmo veredito que o REsp de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Atribui-se esse resultado a um cuidado desmedido com a não modificação jurisprudencial de um caso que teria grandes consequências no Direito de Família, tendo em vista, que os argumentos citados pelos Ministros foram enfraquecidos com a evolução jurisprudencial ocorrida julgado do caso de São Paulo.

Entende-se essa negligência referida como uma de tal monta que gere danos psicológicos. Não se caracteriza por aquelas corriqueiras que todos os seres humanos estão passíveis a erros. Entenda-se, os pais

¹³⁵ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

¹³⁶ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

¹³⁷ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

também são seres humanos e, portanto, impróprio lhes exigir condutas perfeitas. O que ocorreu nos casos foram inúmeras omissões sucessivas do dever de cuidado, de afeto e de acompanhar o crescimento do filho, que teve como consequência evidentes danos psicológicos.

Não está fundamentada a decisão em mero inconformismo por tratamento desigual do pai em relação aos filhos, mas sim em um total descaso, abandono de seus deveres para com a sua prole.

Independente do caso a ser analisado, é indiscutível que a responsabilidade civil por danos morais aplicadas ao Direito de Família deve ser utilizada com cautela. Isso se deve ao fato de que a carga sentimental presente nessas relações é imensa. Deve-se também, ter grande cuidado para que o intuito não acabe tendo efeito contrário do buscado, dificultando ainda mais que o relacionamento entre pai e filho seja restabelecido.

Nesse sentido comenta o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em seu voto:

“Ressalto, todavia, que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais.

De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal.

Felizmente, dispõe-se de uma larga margem de liberdade para educar e criar os filhos do modo que melhor se aprover, sendo que desvios, percalços e falhas são inerentes ao processo de educação e de criação.

O dever de cuidado, pois, apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo.

Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais mezinhas obrigações para com seu filho.

Evita-se, desse modo, eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam a indenização por danos supostamente sofridos.¹³⁸”

Destarte, no caso do menor e seu pai, devia-se ter aplicado o instituto da indenização, pois não há óbice legal no Direito de Família. Assim

¹³⁸ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

como foi constatado os danos sofridos pela criança em decorrência do abandono afetivo praticado pelo seu pai.

No outro caso do REsp 1.159.242 – SP, a autora teve seu pedido concedido com a condenação final estabelecida no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Conclui-se com isso que não é em qualquer situação que a responsabilidade civil por abandono afetivo será cabível. O julgador deverá meticulosamente averiguar cada caso concreto, se valendo de perícias psicológicas e das provas apresentadas pelas partes.

Não se trata aqui da obrigação de amar. Trata-se da obrigação de cuidado estabelecido como dever parental.

“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.”¹³⁹

Acima de tudo deve-se preservar o pleno desenvolvimento psicológico, social, afetivo, etc. das crianças. É um direito de personalidade delas poderem crescer sendo-lhes proporcionadas um ambiente saudável.

Hoje, na nossa sociedade que preza pelos direitos humanos e tem como supraprincípio a dignidade da pessoa humana, deve-se, indiscutivelmente, sopesar o melhor interesse da criança bem como o seu direito a um pai, ao responsabilizar o genitor faltoso.

Aqui, mais do que o valor pecuniário, a indenização pelo abandono afetivo, vem se tornando cada vez mais aplicável no nosso ordenamento jurídico, para mostrar o valor do filho e a sua necessidade de amparo e cuidado.

¹³⁹ STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho levantou-se a questão da responsabilidade, especificamente, em relação ao abandono afetivo. Ao final do trabalho, mostrou-se que é possível a aplicação do instituto, devendo, contudo, serem tomadas algumas precauções quanto a sua utilização.

Durante a evolução histórica do conceito de família, observou-se que em um primeiro momento o seu significado estava alicerçado a idéia de religião. Durante alguns séculos esse era o entendimento da razão da reunião em clãs familiares. Após isso, a família teve o patrimônio como sua gênese, sendo o motivo de várias famílias se unirem.

Após a revolução industrial, com a inserção da mulher no mercado de trabalho e sua consequente independência financeira do marido, o cenário se modificou. As pessoas começaram a se casar por amor, sendo essa a razão de formação atual das famílias: o afeto.

A partir de pesquisas modernas, verificou-se que a figura paterna é de suma importância para o desenvolvimento da criança, representando a ele o papel de autoridade. Sua ausência durante o seu crescimento poderá acarretar problemas psicológicos e sociais futuros, tais como, a baixa autoestima, problemas de socialização, tendências a criminalidade, depressão entre outros. Com isso, o imago do pai na vida de seu filho é essencial para o seu desenvolvimento saudável.

Concluiu-se também que era imprescindível a conjugação dos princípios aplicados ao Direito de Família, quais sejam a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, o afeto bem como a doutrina de proteção integral a criança.

Ao serem analisados os deveres dos pais para com sua prole, deduziu-se serem eles obrigações descritas em lei e não mera discricionariedade, podendo ou não serem exercidas pelos genitores. É dever inerente a condição de responsável pelos menores.

Deste modo, quanto ao dever de afeto, desprende-se ser ele algo que vai além do dever de amar. Aqui não se trata do sentimento em si. Afeto é uma ação, que quando ausente o sentimento deverá ser ela, ação, executada pelo genitor, se eximindo, desta forma, de atitudes abandonicas.

Infere-se do presente estudo que é inegável a possibilidade de se aplicar a indenização nas relações familiares, quando à elas forem incutidas danos aos envolvidos, como nos casos em análise. Além do mais, ao se investigar a letra da lei, não se verifica nenhum óbice jurídico para a aplicação do aludido instituto.

Aprioristicamente, os magistrados mostraram-se, entretanto, comedidos ao se aplicar a indenização em relações familiares. Alegaram que a medida cabível e estipulada seria a perda do poder familiar. Porém, demonstrou-se que a perda do poder familiar não impediria a indenização, podendo os dois posicionamentos serem tomados. O laço de consanguinidade não poderá ser um obstáculo para as demandas indenizatórias.

Conquanto o afeto é um dever parental, também é um direito da criança. Ela deverá crescer em um ambiente para se desenvolver saudável e plenamente. Além disso, deverá a ela serem assegurados seus direitos de personalidades, para muitos considerados algo além de um direito, e sim um instituto inerente da personalidade do indivíduo.

Portanto, ao se analisar cada caso concreto, deverá o aplicador do direito verificar se estão presentes os pressupostos para a aplicação da responsabilidade civil, tais como, o ato lesivo, o dano, e o nexo de causalidade entre eles, bem como se valer dos meios de provas para que não restem dúvidas da real intenção do autor ao se intentar a ação de indenização.

6 REFERÊNCIAS

ALTMAN, Max. Hoje na história: entra em vigor o Código Napolênico. *Opera Mundi*. Disponível em:

<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/3317/conteudo+opera.shtml>

Acesso em: 07 de março de 2013

BARROS, Sérgio Rezende de. *A ideologia do afeto*. Disponível em

<http://www.srbarros.com.br> Acessado em 26 de ago de 2013

BASTOS, Roberta. Arnaldo Wald fala sobre a influência do Código Civil

Francês no Direito Civil. *Jornal Jurid*. Disponível em:

<http://jornal.jurid.com.br/materias/noticias/arnaldo-wald-fala-sobre-influencia-codigo-civil-frances-no-direito-civil> Acesso em: 10 de março de 2013.

BENCZIK, Edyleine Belline Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. *Rev. Psicopedagogia*. Disponível em:

[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0103-](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0103-84862011000100007&script=sci_arttext)

[84862011000100007&script=sci_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0103-84862011000100007&script=sci_arttext). Acesso em: 16 ago 2013.

BRASIL, STJ. Quarta Turma, REsp 201103000333, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 28 maio 2012, Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

_____. Quarta Turma, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29 nov. 2005, Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao>

_____, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Dispões sobre o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/legislacao>

_____. Constituição Federal (1988). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/legislacao>

_____, Decreto-lei nº 2.848, de 07 dez 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao>

_____, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao>

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>

DIAS, Caroline Said. Os instrumentos jurídicos do Direito Civil disponíveis para fiscalização do cumprimento dos deveres parentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 583, 10 fev. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6301>>. Acesso em: 9 set. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *As famílias e seus direitos*. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br> Acessado em 5 de abril de 2013.

_____. *A solidariedade familiar e o dever de cuidado nas uniões homoafetivas*. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/19_-_a_solidariedade_familiar_e_o_dever_de_cuidado.pdf Acesso em 15 de abril de 2013.

_____. *Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei*. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_fam%EDias_modernas__inter_sec%E7%F5es_do_afeto_e_da_lei.pdf Acesso em 15 de abril de 2013

Dicionário jurídico eletrônico. Disponível em <<http://www.direitovirtual.com.br/>>. Acessado em 25 de ago de 2013.

EIZIRIK, Mariana; BERGAMANN, David Simon. Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n3/v26n3a10.pdf>>. Acessado em: 23 ago 2013.

FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida provada na época da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

GLAZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Atualização Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Elina. *A mulher portuguesa na legislação civil*. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223552761S9jHG4vr3Ci53FM9.pdf> Acesso em 15 de março de 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br>. Acessado em 26 de ago de 2013.

_____. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br>. Acessado em 01 set 2013.

_____. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Jus News*. Disponível em http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40 Acesso em 9 set 2013

JÚNIOR, Adilto Luiz Dall'Oglio. *Teoria do Desamor: A responsabilidade do abandono afetivo paterno-filial*. Disponível em:

http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos%20juridicos/Art_Teoria_do_desamor1.pdf. Acesso em 01 set 2013.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. *Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos> acesso em: 15 de abril de 2013.

MELO, Nehemias Domingos de. Por uma nova teoria da reparação por danos morais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 685, 21 maio 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6749>>. Acesso em: 1 set. 2013.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Filhos do Pai, Filhos da Mãe e o abandono afetivo – a responsabilidade parental*. Disponível em <http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=2271> Acessado em 15 de abril de 2013.

_____. *Nem só de pão vive o homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/392> Acesso em 18 de maio de 2013.

_____. *Pai, por que me abandonaste?* Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br> Acesso em: 23 ago 2013.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

SOARES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.159.242 SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em maio de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TJMG. 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 2.0000.00.408550 - 5/000(1). Rel. Unias Silva, julgado em 01 abr. 2004. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A importância dos princípios específicos do Direito das Famílias*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em 15 de abril de 2013.